

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
AVALIKU ÕIGUSE OSAKOND

Ergo Pallo

**ALLTÖÖVÕTJA AVALDUSE ALUSEL PEATÖÖVÕTJALE LEPINGULISE
MAKSE PEATAMINE – ÕIGUSLIK OLEMUS E HITUSTÖÖDE HANKELEPINGUS**

Magistritöö

Juhendaja: *dr. iur* Mari Ann Simovart

Tallinn 2018

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. Alltöövõtjaid kaitsev maksete teostamise regulatsioon riigihangetes	8
1.1. Euroopa Liidu regulatsioon hankedirektiivides	8
1.2. Siseriiklik regulatsioon riigihangete seaduses	12
2. Maksete peatamine siseriiklikus õiguses RHS § 122 lg-te 9 ja 10 kohaselt	18
2.1. Maksete peatamisest tuleneva õigussuhte kvalifitseerimine	18
2.1.1. Hankija kui avalik-õiguslikus suhtes tegutsev haldusorgan	18
2.1.2. Hankija ühepoolne tahteavaldus õigussuhte reguleerimiseks haldusvälise isikuga 24	
2.1.3. Haldusmenetlust välistava asjaolu puudumine	26
2.1.4. Peatöövõtja ja alltöövõtja õiguskaitsevahendid	28
2.2. Makse peatamise lubatavus – põhjendatud avaldus	36
3. Maksete peatamise regulatsiooni kooskõla kõrgemalseisvate õigusaktidega	42
3.1. Regulatsiooni kooskõla Euroopa Liidu õigusega	42
3.1.1. Vastavus proportsionaalsuse põhimõttele	44
3.1.2. Kaalutlusõiguse teostamine	47
3.1.3. Vastavus läbipaistvuse põhimõttele	49
3.2. Regulatsiooni vastavus põhiseadusele – põhiõiguste riive eesmärk ja proportsionaalsus	50
KOKKUVÕTE	60
ABSTRACT	64
KASUTATUD ALLIKAD	68
LISA 1 – Autori teabepäring Rahandusministeeriumisse	75
Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks	78

SISSEJUHATUS

18.04.2016 märkis kalendris tähtpäeva, mil Euroopa Liidu liikmesriigid pidid olema siseriiklikusse õigusesse üle võtnud kolm uut hankedirektiivi: direktiiv 2014/24/EL (edaspidi klassikaline direktiiv)¹, direktiiv 2014/25/EL (edaspidi võrgustikudirektiiv)² ja direktiiv 2014/23/EL (edaspidi kontsessioonidirektiiv)³.

Klassikaline direktiiv ja võrgustikudirektiiv tõid endaga muu hulgas kaasa ulatuslikumad võimalused allhangete reguleerimiseks. Ühe uuendusena nähti liikmesriikidele ette võimalus viia sisse otsemaksete regulatsioon.⁴ Uue regulatsiooni kohaselt võivad liikmesriigid alltöövõtja taotluse korral ja kui lepingu olemus seda lubab, ette näha, et hankijad tasustavad alltöövõtjaid otse nende teenuste, asjade või ehitustööde eest, mille alltöövõtja on osutanud hankelepingu sõlminud peatöövõtjale. Liikmesriikidele nähti ette ka võimalus minna kaugemale – reguleerida otsemaksete teostamine näiteks selliselt, et alltöövõtja ei peaks otsemakse saamiseks isegi avaldust esitama.

Eesti Vabariigis menetleti hankedirektiivide ülevõtmiseks vajalikke muudatusi riigihangete seadusesse kahel korral. Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE algatati 04.04.2016 ning lükati 03.05.2017 täiskogu korralise istungi käigus tagasi.⁵ Peamiselt sai riigihangete seaduse eelnõu etteheiteid teise lugemise ajal alltöövõtjate tasustamist ja kontrollimist puudutava regulatsiooni lisamise eest ilma, et oleks hinnatud selle mõjusid ning võetud arvesse sidusrühmade arvamusi.⁶

¹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (EMPs kohaldatav tekst). ELT L 94, 28.3.2014, lk 65-242.

² Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektorites tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ (EMPs kohaldatav tekst). ELT L 94, 28.3.2014, lk 243-374

³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta (EMPs kohaldatav tekst). ELT L 94, 28.3.2014, lk 1-64

⁴ Klassikaline direktiiv art 71 ja võrgustikudirektiiv art 88

⁵ Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE. Eelnõu menetlemisega seotud dokumendid. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus> (22.04.2018)

⁶ Vt nt XIII Riigikogu stenogramm, V istungjärk, 03.05.2017. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://stenogramm.riigikogu.ee/et/201705031400#PKP-20811> (22.04.2018); Eesti Kaubandus-Tööstuskoda. Jõustus uus riigihangete seadus. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.koda.ee/et/uudised/joustus-uus-riigihangete-seadus> (22.04.2018); Äripäev. 03.05.2017. Riigihangete seaduse eelnõu kukkus läbi. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.aripaev.ee/uudised/2017/05/03/riigihangete-seaduse-eelnou-kukkus-l%C3%A4bi> (22.04.2018).

Esimese eelnõu läbikukkumisele järgneval päeval, s.o. 04.05.2017 algatati riigihangete seaduse eelnõu 450 SE.⁷ Eelnevast kriitikast hoolimata jäeti eelnõusse muutmata kujul sisse alltöövõtjate tasustamist puudutav regulatsioon. Eelnõu teistkordsel menetlemisel pälvis tähelepanu ka maksete peatamist ning rikkumise välistamist reguleerivate sätete võimalik põhiseadusega vastuolu. Majanduskomisjon palus vastavatele sätetele põhiseaduspärasuse hinnangut Justiitsministeeriumilt ning Riigikogu Kantslei õigus- ja analüüsiosakonnalt.⁸ Eeltoodud institutsioonide esindajad sätete juures põhiseadusvastasust ei tuvastanud.⁹ Autor leiab, et nimetatud hinnangud on pealiskaudsed ning ei anna ammendavat vastust sätete põhiseaduspärasuse kohta.

14.06.2017 toimunud kolmanda lugemise hääletusel sai eelnõu vajalikud poolthääled ning võeti vastu riigihangete seadus (RHS),¹⁰ mis jõustus 01.09.2017. Alltöövõtjate tasustamist puudutav osa on vastu võetud seaduses järgmine:

„RHS § 122. Allhanked

(9) Ehitustööde hankelepingu ja ehitustööde kontsessioonilepingu korral jätab hankija talle hankelepingu või kontsessioonilepingu alusel pakkuja esitatud rahalise nõude vastavas osas täitmata kui hankelepingu või kontsessioonilepingu täitmisel osalenud alltöövõtja esitab talle põhjendatud avalduse seoses alltöövõtjaga sõlmitud allhankelepingu alusel rahalise kohustuse alusetult täitmata jätmisega pakkuja poolt. Hankija täidab rahalise kohustuse pakkujale siis kui alltöövõtjale on rahaline kohustus täidetud või kui hankijale on esitatud tõendid alltöövõtja nõude alusetuse kohta.

(10) Pakkujale rahalise kohustuse täitmata jätmist käesoleva paragrahvi lõikes 9 nimetatud alltöövõtja avalduse alusel ei peeta hankijapoolseks hankelepingu rikkumiseks.“

RHS § 122 lg-d 9 ja 10 ei ole käesoleva magistritöö kirjutamise hetkel jõus ning need jõustuvad RHS § 238 lg 4 kohaselt 01.01.2019. Hilisemat jõustumisaega põhjendas seadusandja sellega, et hankijatele tuleb anda aega viia sisemised protseduurireeglid uute normidega kooskõlla,

⁷ Riigihangete seaduse eelnõu 450 SE. Eelnõu menetlemisega seotud dokumendid. Arvutivõrgus kättesaadavad: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (22.04.2018)

⁸ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu 450 SE teise lugemise teksti juurde

⁹ Justiitsministeeriumi 29.05.2017 arvamus riigihangete seaduse eelnõu 450 SE kohta; Riigikogu kantslei õigus- ja analüüsiosakonna arvamus riigihangete seaduse eelnõu 450 SE kohta. Arvutivõrgus kättesaadavad: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamus/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (22.04.2018)

¹⁰ Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1

kuivõrd maksete peatamine alltöövõtja põhjendatud avalduse alusel ei ole läbinud eelnõudele kehtestatud kooskõlastusringi, samuti ei ole neid küsimusi laiemalt huvigruppidega arutatud.¹¹ Lisaks sellele, arvestades sisseviidud muudatuste olulist tegelikust hankelepingu täitmise faasis ning uudsust Eesti õiguses, puuduvad seletuskirjas praktiliselt mistahes põhjendused ja suunised, kuidas hankijad peaksid vastavat regulatsiooni rakendama hakkama. Tallinna Ringkonnakohus on tabavalt öelnud: „Sekkudes avalik-õiguslike meetmetega eraõiguslikesse suhetesse, võtab riik endale vastutuse eelnimetatud meetmete proportsionaalsuse ja efektiivsuse eest“.¹² Seadusandja ei tohiks võtta regulatsiooni vastu lootuses, et õigusloome protsessis analüüsimata küsimused saavad vastuse läbi normide rakendamise praktilise katsetamise ning hankes osalevate isikute vahendite arvelt.

Käesoleva magistritöö teema on aktuaalne, kuivõrd normid on vastu võetud, kuid nende mõju nii hankijatele kui ka riigihangetes osalevatele ettevõtjatele on analüüsimata ning ebaselge. Direktiividest tulenevat alltöövõtjatele otsemaksete teostamise võimalust on rahvusvahelises õiguskirjanduses käsitletud vähe. Veel enam, Eestis kehtima hakkav maksete peatamise regulatsioon on sisulist õiguslikku arutelu leidnud vaid 2018. aasta alguses avaldatud Rahandusministeeriumi poolt tellitud analüüsis.¹³ Autor leiab, et ka eelpool nimetatud analüüsis ei käsitletud teemat nii süvitsi kui oleks vajalik ning paljud küsimused on jätkuvalt vastuseta.

Magistritöö autor seab oma peamiseks eesmärgiks anda puuduolev sisend maksete peatamise regulatsiooni võimalikule rakendamisele praktikas. Selleks tuleb kvalifitseerida õigussuhte iseloom, millest oleneb kas ja kuidas saavad alltöövõtjad ning peatöövõtjad ennast hankija õigusvastaste otsuste eest kaitsta.¹⁴ Riigikohtu halduskolleegium on leidnud, et kui tsiviilõigusliku tahteavalduse kujunemist reguleerivad avaliku õiguse normid, on tegemist avalik-õigusliku menetlusega ja selle raames haldusakti andmisega.¹⁵ Haldusakti kohustuslikeks eeldusteks on, et haldusorgan tegutseb avalik-õiguslikus suhtes ning teeb ühepoolse tahteavalduse, millega haldusorgan reguleerib haldusvälisele isikule suunatud üksikjuhtumit.¹⁶ Nende eelduste olemasolu kontrollitakse käesoleva uurimusega.

¹¹ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu 450 SE juurde, lk 106

¹² TalRngKo 22.10.2010 nr 3-04-469, p 19

¹³ Advokaadibüroo Deloitte Legal. Alltöövõtjate regulatsiooni rakendamisega kaasnevad mõjud. 18.12.2017. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/alltoovotjate_regulatsiooni_mojude_kaardistamine_2017.pdf (22.04.2018)

¹⁴ RKEKm 03.05.2017 nr 3-3-4-1-17, p 5

¹⁵ RKHKo 02.04.2014 nr 3-3-1-72-13, p 12

¹⁶ Haldusmenetluse seadus. RT I, 25.10.2016, 5. § 51 lg 1

Autoril on käesoleva uurimusega võimalik anda omapoolne sisend praegu sisuliselt puuduvasse diskussiooni sellest, millisel määral, kui üldse, tuleks sekkuda peatöövõtja ning alltöövõtja omavahelistesse eraõiguslikesse suhetesse riigihankeõigust kasutades. Samuti peab autor töö tähtsaks sihiks anda vastus küsimusele, kas maksete peatamise regulatsioon sellisel kujul on kooskõlas Euroopa Liidu õigusest tulenevate eesmärkidega ning Eesti Vabariigi põhiseadusega.

Autor seab magistritööle kolm hüpoteesi:

- 1) RHS § 122 lg-d 9 ja 10 toovad kaasa muudatuse Eesti õiguses seni kehtinud printsiipi, et hankija ning (pea)töövõtja vaheline suhe on vaid eraõiguslik;¹⁷
- 2) RHS § 122 lg-d 9 ja 10 ei ole kooskõlas hankedirektiividest tulenevate eesmärkidega;
- 3) RHS § 122 lg-d 9 ja 10 on põhiseadusega¹⁸ vastuolus.

Magistritöö on hüpoteesidest ning teemaplokkidest lähtuvalt jagatud kolme peatükki. Esimene peatükk analüüsib allhangete maksete teostamise spetsiifilise reguleerimise olemust ja eesmärgi hankedirektiivides ning riigihangete seaduses. Teine peatükk analüüsib RHS § 122 lg-te 9 ja 10 õiguslikku olemust ning otsib kinnitust esimesele hüpoteesile. Kolmas peatükk analüüsib RHS § 122 lg-te 9 ja 10 kooskõla Euroopa Liidu õigusega ning põhiseadusega. Töö on koostatud läbivalt teoreetilise uurimuseks, kuivõrd nii hankedirektiivide kui RHS normide jõustumisajast tulenevalt puudub nii direktiivi tõlgendav Euroopa Kohtu praktika kui ka Eesti siseriiklikku regulatsiooni tõlgendav mistahes kohtupraktika.

Esimeses peatükis käsitleb autor täpsemalt klassikalise direktiivi artikli 71 lõikeid 3 ja 7 ning võrgustikudirektiivi artikli 88 lõikeid 3 ja 7. Vastuseid otsitakse järgnevatele uurimisküsimustele: milline on direktiivides sätestatud alltöövõtjate tasustamisega seonduva regulatsiooni eesmärk? Kas direktiivides toodud regulatsioon annab liikmesriikidele täiendava diskretsiooni ning kui jah, siis millises ulatuses? Millised olid seadusandja lähtekohad ja kaalutlused RHS § 122 lg-te 9 ja 10 vastuvõtmisel? Millised hankijad ning alates millisest maksumusest peavad RHS § 122 lõikeid 9 ja 10 kohaldama? Esimeses peatükis kasutatakse allikatena eelkõige direktiivide ja RHS põhjendusi ning eelnõude seletuskirjasid, samuti olemasolu korral nii Eesti kui välismaist õiguskirjandust.

¹⁷ M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu riigihankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juh: dots Carri Ginter, prof Irene Kull. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2010. Lk 35; RKEKo 20.12.2001 nr 3-3-1-15-01, p 15

¹⁸ Eesti Vabariigi põhiseadus. RT I, 15.05.2015, 2.

Teises peatükis käsitleb autor täpsemalt RHS § 122 lg-te 9 ja 10 õiguslikku olemust Eesti siseriiklikus süsteemis ning normide võimalikku rakendamist. Teises peatükis otsitakse vastuseid järgnevatele uurimisküsimustele: kas RHS § 122 lg 9 alusel tehtud otsustamise näol on tegemist haldusmenetlusega? Kuhu tuleb pöörduda ning millised on alltöövõtja ja/või peatöövõtja õiguskaitsevahendid olukorras, kus hankija teeb avalduse hindamisel neile ebasoodsa otsuse (vastavalt otsustab makset mitte peatada või otsustab makse peatada)? Millised on hankija kohustused alltöövõtja avalduse menetlemisel ning millal tuleb alltöövõtja avaldus lugeda põhjendatuks? Teine peatükk tugineb eelkõige kodumaisele õiguskirjandusele ning Riigikohtu praktikale.

Kolmas peatükk käsitleb RHS § 122 lg 9 ja 10 kooskõla Euroopa Liidu õiguse eesmärkidega ning Eesti Vabariigi põhiseadusega. Uurimisküsimused, millele autor vastust otsib: kas riigihangete seaduse regulatsioon on kooskõlas direktiividest tulenevate eesmärkidega ning kaalutlusõigusega? Milliseid põhiõigusi lisanduva regulatsiooniga riivatakse? Kas põhiõiguste riive on proportsionaalne? Kolmandas peatükis on rõhk seatud välismaisele õiguskirjandusele, põhiseaduse kommenteeritud väljaandele¹⁹ ning asjakohasele Euroopa Kohtu ja Riigikohtu praktikale.

Autor soovib tänada kõiki, kes ühel või teisel moel käesoleva töö valmimisse panustasid. Eelkõige lähivad tänusõnad juhendajale, kelle konstruktiivne kriitika motiveeris autorit enda seisukohti tugevamalt põhistama ning mis kokkuvõttes andis tööle teadusliku väärtuse.

Magistritööd iseloomustavad märksõnad: *riigihanked, direktiivid (pol.), õigusloome, alltöövõtt, haldusmenetlus*.

¹⁹ Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend vlj. Tallinn: Juura 2017.

1. Alltöövõtjaid kaitsev maksete teostamise regulatsioon riigihangetes

1.1. Euroopa Liidu regulatsioon hankedirektiivides

17.04.2014 jõustusid kolm uut hankedirektiivi: direktiiv 2014/24/EL (klassikaline direktiiv), direktiiv 2014/25/EL (võrgustikudirektiiv) ja direktiiv 2014/23/EL (kontsessioonidirektiiv).

Hankedirektiivide eesmärk üldiselt, nagu see oli tegelikult ka direktiivis 2004/18/EÜ (edaspidi vana klassikaline direktiiv) ja direktiivis 2004/17/EÜ (edaspidi vana võrgustikudirektiiv)²⁰, on riigihankelepingute sõlmimine ELTL sätestatud põhimõtete alusel ning järgides eelkõige kaupade vaba liikumise, asutamisvabaduse ja teenuste osutamise põhimõtteid ning nendest tulenevaid põhimõtteid, nagu võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, vastastikune tunnustamine, proportsionaalsus ja läbipaistvus.²¹ Iga riigihankedirektiivi eesmärk on ka soodustada tõhusa konkurentsi arengut.²² Hankedirektiivide esemeks on siseriiklike menetluste kooskõlastamine.²³ Kuigi direktiivid kasutavad sõnastust „hankelepingu sõlmimisel“, on üldpõhimõtted siduvad riigihanke igas etapis, seega nii lepingueelsetes suhetes, lepingu sõlmimisel ja ka lepingu täitmisel.²⁴

Riigihangete primaarse eesmärgina on nähtud hankija võimalust saada enda vajaduste rahuldamiseks asi, teenus või ehitustöö turul parimatel konkurentsitingimustel (puhtmajanduslik eesmärk).²⁵

Riigihangetel on ka sekundaarsed, teisiti öeldes horisontaalsed eesmärgid. Üheks selliseks eesmärgiks on olnud väikeste ja keskmiste suurusega ettevõtjate (VKE) riigihanketurule kaasamine (tööstuslik eesmärk). VKE-de kategooriasse kuuluvad ettevõtjad, kes annavad tööd vähem kui 250-le inimesele ning kelle aastakäive ei ületa 50 mEUR ja/või aastabilansi

²⁰ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. Eestikeelne eriväljaanne: Ptk 6, kd 007, lk 132-262, põhjendused p 2; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. Eestikeelne eriväljaanne: ptk 6 kd 007, lk 19-131, põhjendused p 9

²¹ Klassikalise direktiivi põhjendused p 1; võrgustikudirektiivi põhjendused p 2

²² Kohtujuristi P.Leger 11.11.2004 ettepanek liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03, p 22 ja seal viidatud kohtupraktika

²³ EKo 09.02.2008 C-226/04 ja C-228/04, p 20

²⁴ M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu riigihankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juh: dots Carri Ginter, prof Irene Kull. Tartu Ülikooli Kirjastus, 2010. Lk 26

²⁵ S. Arrowsmith, P. Kunzlik, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2009, p 13

kogumaht ei ületa 43 mEUR.²⁶ Euroopa Komisjoni andmetel on 99% kõikidest Euroopa Liidu ettevõtjatest VKE-d.²⁷ Eesti Väike- ja Keskiste Ettevõtjate Assotsiatsiooni andmetel on 99,8% Eesti ettevõtetest väiksed või keskmised, sh 98,8% on kuni 49 töötajaga.²⁸ Muu hulgas on VKE-de osalemise toetamine võimalik läbi allhangete regulatsiooni.

Nüüdseks kehtetud direktiivid reguleerisid allhankeid minimaalselt. Vana klassikalise direktiivi artikli 25 järgi oli hankijal õigus nõuda või liikmesriigil õigus hankijat kohustada nõudma, et pakkumises oleks näidatud kui suur osa lepingust kavatsetakse täita allhankelepingute abil ning kes on kavandatud alltöövõtjad.²⁹ Mõnevõrra täpsemalt reguleeriti allhankeid ehitustööde kontsessioonilepingute puhul, nimelt oli hankijal lisaks eelnevale õigus nõuda, et kontsessioonäär sõlmiks kolmandate isikutega lepinguid, mis hõlmaksid vähemalt 30% ehitustööde kogumaksumusest.³⁰ Uute direktiivide regulatsioon allhangete osas on eelkäijatega võrreldes märgatavalt komplekssem ning seda mitte hankemenetluse faasis, vaid seonduvalt lepingu täitmisega.

Klassikalise direktiivi põhjenduste punktist 2 avanevad uute direktiivide vastuvõtmise ning ajakohastamise põhjused,³¹ milleks on avaliku sektori kulutuste tõhususe suurendamine, VKE-de riigihangetes osalemise hõlbustamine, riigihangete tulemuslik kasutamine ühiste ühiskondlike eesmärkide saavutamiseks ja Euroopa Liidu Kohtu asjakohase väljakujunenud praktika arvesse võtmine. Riigihangetel nähakse väga olulist rolli Euroopa üldise majanduskasvu strateegia³² elluviimisel, kuivõrd hanked on vahendiks aruka, jätkusuutliku ja kaasava majanduskasvu toetamiseks ning avalike vahendite tõhusa kasutamise tagamiseks. Klassikalise direktiivi eelnõu seletuskirjas nähti VKE-dele ja alustavatele ettevõtjatele riigihangete turule parema juurdepääsu tagamiseks nelja instrumenti: teavitamiskohustuse lihtsustamist, riigihankelepingute osadeks jagamist, osalemistingimuste piiramist ning otsemaksete teostamist alltöövõtjatele.³³ Nii rõhutatakse ka direktiivi põhjenduste punktis 78,

²⁶ Euroopa Komisjoni 6. mai 2003 soovitus 2003/361/EÜ, mis käsitleb mikroettevõtete ning väikeste ja keskmiste suurusega ettevõtete määratlust. Teatavaks tehtud numbri K(2003) 1422 all. Artikkel 2 lg 1. VKE-d jaotuvad omakorda mikro-, väikese-, ja keskmise suurusega ettevõtjateks

²⁷ European Commission. What is an SME? Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition_en (22.04.2018)

²⁸ Eesti Väike- ja Keskiste Ettevõtjate Assotsiatsioon. EVEA kolm sõnumit. Arvutivõrgus: <https://evea.ee/evea-kolm-sammast/> (22.04.2018)

²⁹ Vt sama vana võrgustikudirektiivi artikkel 37

³⁰ Vana klassikalise direktiivi art 60

³¹ Vt sama võrgustikudirektiivi põhjenduste punkt 4

³² Euroopa Komisjoni teatis. Euroopa 2020 aastal. Aruka, jätkusuutliku ja kaasava majanduskasvu strateegia. Brüssel, 3.3.2010 KOM (2010) 2020 lõplik

³³ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta. Brüssel, 20.12.2011. KOM (2011) 896 lõplik. Ettepaneku üksikasjalik selgitus, p 3

et riigihanke turgu tuleb avandada ja kohandada ka VKE-dele, et soodustada nende osalemist ning just sellest eesmärgist kantuna peaks liikmesriikidel olema võimalus ette näha alltöövõtjatele otsemaksete tegemise mehhanisme.³⁴ Otsemakseid alltöövõtjatele nähti direktiivi väljatöötamisel ette ka kui efektiivset meetodit kaitsmaks alltöövõtja huve maksete saamisel.³⁵

Tulenevalt klassikalise hankedirektiivi põhjenduste punktist 105, nähakse vajadust alltöövõtuhela läbipaistvuse suurendamiseks hankelepingu täitmise faasis. Hankijad peavad olema teadlikud kes ja kus, lisaks peatöövõtjatele, nendele teenuseid osutavad. Sellega seoses on laiendatud hankija õigusi, nt õigus nõuda alltöövõtja asendamist. Eestis on leitud, et mehhanismid otsemaksete teostamiseks aitavad lisada vajakajäänud läbipaistvust kui ühe riigihanke aluspõhimõtte järgimist just hankelepingute täitmise faasi, mis seni on tähelepanuta jäänud.³⁶ Autori hinnangul toetab otsemaksete teostamise mehhanism läbipaistvust läbi selle, et hankija oleks ka teadlik/võimeline mõjutama asjaolu, et tasu jõuaks ettevõtjateni, kes on tegelikult vastava töö sooritanud. See omakorda tagab ja toetab ka hankija rahaliste vahendite säästlikku ja otstarbekat kasutust. Autor leiab, et otstarbekaks ei saa pidada rahaliste vahendite kasutamist olukorras, kus hankija saab hankelepingu eseme kätte majanduslikult soodsalt, kuid kasu lõikab sellest vaid peatöövõtja, kes jätab alltöövõtjad ebaõiglaselt tasustamata.

Liikmesriigid võivad alltöövõtja taotluse korral ja kui hankelepingu olemus seda lubab, ette näha, et hankija kannab alltöövõtjale otse üle nende teenuste, asjade või ehitustööde eest tasumisele kuuluvad maksed, mille alltöövõtja on osutanud või tarninud ettevõtjale, kellega hankeleping sõlmiti (peatöövõtjale).³⁷ Algse ettepaneku järgi nähti otsemaksete regulatsiooni rakendamisel kohustuslikuna ette ka maksete vaidlustamise mehhanismide olemasolu,³⁸ kuid vastuvõetud direktiivi kohaselt võivad sellised meetmed sisaldada asjakohaseid mehhanisme, mis võimaldavad peatöövõtjal alusetud maksed vaidlustada. Kõnealust makseviisi käsitlev kord nähakse ette alusdokumentides. Liikmesriigil on õigus minna alltöövõtjatele otsemaksete tegemisel kaugemale, näiteks nähes ette, et alltöövõtjatele on võimalik otse maksta, ilma et nad peaksid otsemaksmist taotlema.³⁹ Mõlema direktiivi kohaselt on liikmesriikidel õigus vastavate

³⁴ Vt sama võrgustikudirektiivi põhjenduste p 87

³⁵ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta. Brüssel, 20.12.2011. KOM (2011) 896 lõplik. Ettepaneku üksikasjalik selgitus, p 3

³⁶ K. Härginen, M.A. Simovart. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? Juridica IX/2013, lk 632

³⁷ Klassikalise hankedirektiivi artikkel 71 lg 3; võrgustikudirektiivi artikkel 88 lg 3

³⁸ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta, art 71 lg 2

³⁹ Klassikalise direktiivi artikkel 71 lg 7; võrgustiku direktiivi artikkel 88 lg 7

meetmete kohaldatavust piirata, näiteks teatavatele hankelepingu liikidele, hankija tüüpidele, ettevõtjate kategooriatele või teatavatele summadele.⁴⁰

Kontsessioonidirektiiv ainsana otsemaksete teostamise võimalust osas ette ei näe, muus osas on allhangete regulatsioon väga sarnane.⁴¹ Samas rõhutab ka kontsessioonidirektiivi põhjenduste p 1, et erilist tähelepanu tuleks pöörata sellele, kuidas parandada VKE-de juurdepääsuvõimalusi liidu kontsessiooniturgudele. Kontsessioonilepinguid nähakse võrreldes riigihankelepingutega erinevalt ning nendega ei tohiks kaasneda liigset bürokraatiat.⁴² Kontsessioonilepingu ja riigihankelepingu olemuse erinevus seisneb eelkõige tasustamises ja äririski üleminekus. Nii riigihankelepingud kui kontsessioonilepingud on kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega lepingud, kuid riigihankelepingute esemeks on ehitustööd, asjade tarnimine või teenuste osutamine,⁴³ kontsessioonilepingu esemeks on aga õigus teenuseid või ehitisi ekspluateerida või selline õigus koos tasuga.⁴⁴ Seejuures peab kontsessioonilepinguga minema kontsessioonäärile „tõeline äririsk“, st tavatingimustes ei ole tagatud, et kontsessiooni esemeks oleva ehitise kasutamise või teenuse osutamisega kaetakse tehtud investeeringud või kulutused ning võimalik kahjum ei ole vaid marginaalne ja ebaoluline.⁴⁵

Seega loovad klassikaline ja võrgustikudirektiiv liikmesriikidele otsemaksete teostamise reguleerimiseks võimaluse, kuid mitte kohustuse. Siinkohal tuleb märgata, et alusetute maksete vaidlustamise mehhanismide olemasolu ei ole ka siis kohustuslik, kui otsemaksete regulatsiooni otsustatakse kohaldada. Samuti on liikmesriikidel võimalus minna otsemaksete tegemisel direktiivides sätestatust kaugemale, mille ühe näitena toovad direktiivid välja otsemaksete teostamise ilma, et alltöövõtja seda peaks taotlema.

Klassikaline direktiiv ja võrgustikudirektiiv nõuavad, et juhul kui otsemaksete regulatsiooni rakendatakse, tuleb see ette näha alusdokumentides.⁴⁶ Alusdokumentideks on hankija esitatud või tema poolt viidatud dokument, milles kirjeldatakse riigihanke või menetluse elemente või määratakse need kindlaks, sealhulgas hanketeade, eelteade, kui seda kasutatakse riigihanke väljakuulutamiseks, tehniline kirjeldus, kirjeldav dokument, lepingu kavandatavad tingimused, taotlejate ja pakkujate esitatavate dokumentide vormingud, teave kõikide suhtes kehtivate

⁴⁰ Klassikalise direktiivi art 71 lg 8; võrgustiku direktiivi art 88 lg 8

⁴¹ Vt kontsessioonidirektiiv art 42 ja vrkl klassikalise hankedirektiivi art 71 ja võrgustikudirektiivi art 88

⁴² Kontsessioonidirektiivi põhjenduste p 2

⁴³ Klassikalise hankedirektiivi art 2 p 5

⁴⁴ Kontsessioonidirektiivi art 5 p 1

⁴⁵ Ibid

⁴⁶ Klassikalise direktiivi art 71 lg 3 viimane lause; võrgustiku direktiivi art 88 lg 3 viimane lause

kohustuste kohta ja kõik täiendavad dokumendid.⁴⁷ Tegemist on autori hinnangul eritingimusega, mida tuleb arvestada hankelepingu täitmisel ning mida tuleks seega kajastada või vähemalt viidata avaldatavas hanketeates.⁴⁸ Sellise järelduse võimaldab teha klassikalise direktiivi põhjenduste p 104, mille kohaselt lepingu täitmise tingimustega kehtestatakse lepingu täitmise seonduvad erinõuded ning mida tuleks hanketeates kajastada.

Euroopa Liidu õigus nõuab konkurentsi printsiipidest juhindumist.⁴⁹ Hankedirektiivides ette nähtud otsemaksete regulatsiooni puhul on kardetud, et see võib omada negatiivset mõju konkurentstile, kuivõrd peletab hangetest eemale peatöövõtjaid. Samas nenditakse, et sellekohased tõendid puuduvad.⁵⁰

Eelnevast järeldub, et otsemaksete teostamise eesmärgiks on hõlbustada ja soodustada VKE-de osalemist riigihangetel ning kaitsta alltöövõtjate, kes on eelduslikult VKE-d, konkurentsivõime säilimist, tagades nende õigeaegse ja õiglase tasustamise.

1.2. Siseriiklik regulatsioon riigihangete seaduses

Nii nagu hankedirektiivides, on ka 01.09.2017 kehtima hakanud riigihangete seadus (RHS)⁵¹ allhangete osas oluliselt komplekssem kui nüüdseks kehtetu riigihangete seadus (edaspidi vana RHS).⁵² Sisuliselt ei ole muutust toimunud riigihangete korraldamise üldpõhimõtetes vana ja uue RHS § 3 järgi.⁵³

Vana RHS-i kohaselt pidid pakkujad näitama sõlmitavate teenuste hankelepingute puhul alltöövõtjate poolt täidetava osa suuruse ning hankijal oli teenuste- ja ehitustööde hankelepingute puhul õigus nõuda, et pakkuja täidaks olulise osa hankelepingust ise.⁵⁴ Kontsessioonide puhul võis hankija nõuda, et kontsessioonäär sõlmiks allhankelepinguid vähemalt 30% ehitustööde eeldatavast kogumaksumusest ning samuti sõlmitavate

⁴⁷ Klassikalise direktiivi art 2 lg 1 p 13; võrgustiku direktiivi art 2 lg 1 p 9

⁴⁸ Klassikalise direktiivi art 49 ja V lisa osa C p 17; võrgustiku direktiivi art 69 XI lisa A osa p 18.

⁴⁹ Simovart (2010), lk 25

⁵⁰ M. Trybus, M. Andrecka. Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU? European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 2017/3, p 237

⁵¹ Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1

⁵² Riigihangete seadus. RT I, 25.10.2016, 20

⁵³ Uues riigihangete seaduses on kaotatud ära § 3 p 6, mille kohaselt peab hankija eelistama keskkonnasäästlikke lahendusi, kuid keskkonnasäästlike lahendustega arvestamine on uue RHS § 2 lg 2 kohaselt üheks seaduse eesmärgiks.

⁵⁴ Vana RHS § 31 lg 7; § 41 lg 1 p 9

allhankelepingute osa näitamist kontsessioonääri poolt.⁵⁵ Sellega vana RHS-i allhangete regulatsioon ka piirdus.

RHS § 122 võimaldab hankijal saada teavet iga alltöövõtja kohta (lg 2), kontrollida alltöövõtjatel kõrvaldamise aluseid (lg-d 5-6) ning alltöövõtja asendamist nõuda (lg-d 2 ja 7). Ehitustööde hankelepingus ja ehitustööde kontsessioonilepingus on alltöövõtjatel õigus saada teavet peatöövõtja tasustamise kohta (lg 8) ning õigus taotleda maksete peatamist (lg-d 9 ja 10).

RHS eelnõu seletuskirjas sedastatakse: „Uued direktiivid annavad võimaluse kehtestada alltöövõtjatele otsemaksete regulatsioon, mille kohaselt oleks see võimalik alltöövõtja taotlusel ja peatöövõtja nõusolekul.“⁵⁶ Siinkohal soovib autor rõhutada, et hankedirektiivid ei käsitle üheski kohas peatöövõtja nõusolekut kui otsemaksete regulatsiooni kehtestamise eeldust.⁵⁷ Veel enam, ka alltöövõtja taotlus ei ole regulatsiooni kohaldamise kohustuslikuks eelduseks, kuivõrd direktiivid lubavad minna sätestatust kaugemale, tuues *expressis verbis* näitena välja, et liikmesriigil on võimalik näha otsemaksed ette ilma, et alltöövõtjad seda taotlema peaksid.⁵⁸ Seletuskirjas tuuakse välja, et juhul kui hankedokumendid nõnda sätestavad, on võimalus otsemakseid teostada Eesti õiguses võlaõigusseaduse⁵⁹ (VÕS) § 80 näol juba olemas, kuid see ei lahenda probleemi, kui peatöövõtja jätab alltöövõtjale põhjendamatult tasumata.⁶⁰

RHS § 122 lg 9 kohaselt ehitustööde hankelepingu ja ehitustööde kontsessioonilepingu korral jätab hankija talle hankelepingu või kontsessioonilepingu alusel pakkuja esitatud rahalise nõude vastavas osas täitmata, kui hankelepingu või kontsessioonilepingu täitmisel osalenud alltöövõtja esitab talle põhjendatud avalduse seoses alltöövõtjaga sõlmitud allhankelepingu alusel rahalise kohustuse alusetult täitmata jätmisega pakkuja poolt. Hankija täidab rahalise kohustuse pakkujale siis, kui alltöövõtjale on rahaline kohustus täidetud või kui hankijale on esitatud tõendid alltöövõtja nõude alusetuse kohta. Kusjuures RHS § 122 lg 10 järgi ei peeta pakkujale rahalise kohustuse täitmata jätmist eeltoodud alltöövõtja avalduse alusel hankijapoolseks hankelepingu rikkumiseks.

RHS-s sätestatud regulatsiooniga ei teki hankijal kohustust tasuda alltöövõtjale, kuid juhul, kui hankija jaoks on alltöövõtja avaldus põhjendatud, jätab hankija peatöövõtjale tasumata, kuni

⁵⁵ Vana RHS § 74 lg 1 p-d 1 ja 2

⁵⁶ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu 450 SE esimese lugemise juurde, lk 106

⁵⁷ Vt ptk 1.1.; klassikaline direktiiv art 71 lg 3; võrgustikudirektiiv art 88 lg 3

⁵⁸ Klassikaline direktiiv art 71 lg 7; võrgustikudirektiiv art 88 lg 7

⁵⁹ Võlaõigusseadus. RT I, 31.12.2017, 8

⁶⁰ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu 450 SE juurde, lk 106

hankijale on esitatud tõendid nõude alusetuse kohta või peatöövõtja on alltöövõtjale tasunud.⁶¹ Vastavalt RHS § 238 lg-le 4 jõustuvad RHS § 122 lõiked 2,3,5,6 ja 8-10 2019. aasta 1. jaanuaril.

Siinkohal tuleb analüüsida, millised hankijad ning alates millisest maksumusest peavad RHS § 122 lg-tes 9 ja 10 toodud regulatsiooni kohaldama. RHS § 122 paikneb riigihangete seaduse 2. peatüki 5. jaos. Menetlusreeglite kohaldamine on reguleeritud riigihangete seaduse 1. peatüki 4. jaos.⁶²

Hankeleping on RHS § 8 lg 1 järgi hankija ja ettevõtja vahel sõlmitud rahaliste huvidega leping, sealhulgas kontsessioonileping, mille esemeks on asjad teenused või ehitustööd. Ehitustööde hankelepinguga on RHS § 8 lg 5 p 1 järgi tegemist juhul, kui hankija tellib klassikalise direktiivi II lisas või võrgustikudirektiivi I lisas nimetatud ehitustöid või ehitustöid koos projekteerimisega ning p 2 järgi juhul, kui teine isik, kes ei ole hankija, tellib ehitustööde tegemist mis tahes rahaliste vahenditega, kui nõuded selleks seab hankija, kellel on otsustav mõju ehitustööde või projekteerimise üle. Siinkohal tuleb rõhutada, et RHS § 8 lg 5 p 2 kohaselt võib ehitustöid RHS mõttes tellida ka näiteks kinnisvara arendaja, kui nõuded selleks seab hankija, kellel on otsustav mõju ehitustööde või projekteerimise üle.⁶³ Samas avaliku sektori hankijana saab eelnimetatud isikut käsitada vaid juhul, kui avaliku sektori hankija rahastab ehitustöid rohkem kui 50 protsendi ulatuses ning ehitustööde eeldatav maksumus on võrdne ehitustööde rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda.⁶⁴ Ehitustööde kontsessioonileping on defineeritud RHS § 131 lg-s 3, mille kohaselt on see hankeleping, mille puhul tasu ehitustööde tegemise eest seisneb kas ainult õiguses ehitise ekspluateerida või selles õiguses koos rahalise maksega ja nõudluse või pakkumisega seotud äririsk läheb üle kontsessioonäärile.

Väga selgelt on reguleeritud, et avaliku sektori hankija kohaldab hankelepingu, välja arvatud kontsessioonilepingu, sõlmimisel RHS 2. peatükis sätestatud korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda.⁶⁵ Järelikult kuuluvad RHS § 122 lg 9 ja 10 kohaldamisele, kui avaliku sektori hankija sõlmitava ehitustööde hankelepingu maksumus ületab riigihanke piirmäära.

⁶¹ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu 450 SE juurde, lk 107

⁶² Autori märkus: „menetlusreeglite kohaldamine“ on iseenesest eksitav termin, kuivõrd sellest jaost tulenevad reeglid, mida tuleb kohaldada mitte ainult hankemenetluses, vaid ka hankelepingu täitmise faasis.

⁶³ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu 450 SE juurde, lk 24

⁶⁴ RHS § 6 lg 1 p 1

⁶⁵ RHS § 15 lg 2

Eelnevaga kohaldamisala selge regulatsioon lõpeb. Kuivõrd riigihangete seaduse eelnõu autorile ebaselgeks jäänud kohaldamisala reegleid ei selgita,⁶⁶ esitas autor Rahandusministeeriumile nõustamispäringu, milles sisaldus kolm põhimõttelist küsimust menetlusreeglite kohaldamisala reeglite tõlgendamisele.⁶⁷ Saadud vastused võetakse järgnevalt kriitiliselt arvesse.

Avaliku sektori hankija kohaldab hankelepingu sõlmimisel 3. peatüki 1. jaos sätestatud korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne lihthanke piirmääraga või ületab seda, kuid on väiksem kui riigihanke piirmäär (lihthankemenetluse kord).⁶⁸ Hankelepingu sõlmimisel ja täitmisel on lihthankemenetluse puhul hankija kohustatud järgima RHS §-e 120, 123 ja 125 lg 9.⁶⁹ Järelikult lihthankemenetluse piirides avaliku sektori hankijale RHS § 122 lg 9 ja 10 ei kohaldu.⁷⁰

Avaliku sektori hankija võib kohaldada hankelepingu sõlmimisel 2. peatükis sätestatud korra asemel 5. peatükis sätestatud korda, kui hankelepingu peamine eesmärk on seotud tema tegutsemisega võrgustikusektoris⁷¹ ja hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda. RHS § 145 kohaselt kohaldatakse hankemenetluse korraldamisel võrgustikusektoris 2. peatükis sätestatud, kui 5. peatükis ei ole sätestatud teisiti. Väljendit „hankemenetluse korraldamisel“ tuleks tõlgendada laiendavalt, s.t. see hõlmab hankelepingu täitmist reguleerivad normid.⁷² RHS 5. peatükk ei välista § 122 kohaldamist ega sätesta teisiti, mistõttu avaliku sektori hankijal tuleb seda kohaldada ka võrgustikusektoris tegutsemisel, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda.

Võrgustikusektori hankija kohaldab hankelepingu sõlmimisel RHS 3. peatüki 1. jaos sätestatud korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne lihthanke piirmääraga või ületab seda, kuid on väiksem kui rahvusvaheline piirmäär ning hankelepingu peamine eesmärk on seotud tema tegutsemisega võrgustikusektoris või kui hankelepingu peamist eesmärki pole võimalik kindlaks määrata.⁷³ Rahvusvahelise piirmääraga võrdses või seda ületavas menetluses peab võrgustikusektori hankija kohaldama 5. peatükis sätestatud korda.⁷⁴ Järelikult peab

⁶⁶ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu 450 SE juurde, lk 36-43

⁶⁷ Lisa 1 – Autori 08.03.2018 päring nr 1044072 riigihangete seaduse kohta

⁶⁸ RHS § 15 lg 1

⁶⁹ RHS § 125

⁷⁰ Samal seisukohal on ka Rahandusministeerium. Vt Lisa 1, vastus autori esimesele küsimusele

⁷¹ Võrgustikusektor on RHS § 4 p 18 järgi RHS §-des 146-152 nimetatud valdkond

⁷² Vt Lisa 1, vastus autori kolmandale küsimusele

⁷³ RHS § 15 lg 8

⁷⁴ RHS § 15 lg 9

võrgustikusektori hankija, kui hankalepingu peamine eesmärk on seotud tema tegutsemisega võrgustikusektoris või kui peamist eesmärki pole võimalik kindlaks määrata, kohaldama RHS § 122 lg-t 9 ja 10 juhul, kui tegemist on ehitustööde hankalepingu eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda.

Avaliku sektori hankija ja võrgustikusektori hankija, kui ta sõlmib kontsessioonilepingu seoses tema tegutsemisega võrgustikusektoris, kohaldab kontsessioonilepingu sõlmimisel RHS 4. peatükis sätestatud korda, kui kontsessioonilepingu eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda.⁷⁵ Kontsessioonilepingu täitmisega seonduvat osa reguleerib RHS § 141 lg 7, mille kohaselt lähtub hankija kontsessioonilepingu sõlmimisel RHS §-s 120 ja kontsessioonilepingu muutmisel § 123 sätestatust, kontsessioonilepingutele kohaldatakse ka §-s 121 sätestatut. Autor leiab, et siinkohal on regulatsioon vigane, sest RHS § 122 lg 9 kohaselt tuleb hankijal alltöövõtja põhjendatud avalduse saamisel makse peatada ka ehitustööde kontsessioonilepingu korral, kuid kontsessioonilepingute korda reguleeriv 4. peatükk seda ette ei näe. Rahandusministeerium mõõnas, et õigustehniliselt pole regulatsioon korrektne, kuid kontsessioonilepingutele kohalduvad RHS § 122 lg 9 ja 10 seetõttu, et lõikes 9 on ehitustööde kontsessioonilepingule sõnaselgelt viidatud.⁷⁶ Ei saa nõustuda seisukohaga, et probleem on vaid õigustehniline. Rahandusministeeriumi selline lähenemine on süstemaatilis-loogilise tõlgendamisega vastuolus. Sama loogikat järgides tuleks RHS § 122 lg-t 9 ja 10 kohaldada ka lihthankemenetluses sõlmitavate ehitustööde hankalepingute puhul, sest RHS § 122 lg 9 teeb viite „ehitustööde hankalepingule“ ning ka lihtmenetluses ehitustööde teostamiseks sõlmitav leping on „ehitustööde hankaleping. Eelnevalt näidati, et lihthangetes RHS § 122 lg 9 ja 10 siiski kohaldamisele ei kuulu.

Segalepingute puhul tuleb avaliku sektori hankijal kohaldada RHS 2. peatükki, s.t sellega koos §-i 122, kui hankalepingu esemeks on ehitustööd ja kontsessioonileping ning ehitustööde hankalepingu osa eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda.⁷⁷ Kui hankalepingu esemeks on ehitustööd ja kontsessioonileping, tuleb võrgustikusektori hankijal, kes ei ole avaliku sektori hankija, kohaldada 5. peatükki, s.t. ka §-i 122, kui ehitustööde hankalepingu eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda.⁷⁸

⁷⁵ RHS § 16 lg 2

⁷⁶ Lisa 1, vastus autori teisele küsimusele

⁷⁷ RHS § 19 lg 2

⁷⁸ RHS § 20 lg 1 p 3

Avaliku sektori hankija ja võrgustikusektori hankija, kui ta sõlmib hankelepingu seoses tema tegutsemisega võrgustikusektoris, kohaldab kaitse-ja julgeolekuvaldkonna hankelepingu sõlmimisel RHS § 6. peatükis sätestatud korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne kaitse- ja julgeolekuvaldkonna rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda.⁷⁹ Kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas kohaldatakse hankemenetluse korraldamisel 2. peatükis sätestatud, kui 6. peatükis ei ole sätestatud teisiti.⁸⁰ RHS 6. peatükk ei välista § 122 kohaldamist ega sätesta teisiti, mistõttu avaliku sektori- ja võrgustikusektori hankijal tuleb § 122 kohaldada ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas, kui hankelepingu eeldatav maksumus on võrdne kaitse- ja julgeolekuvaldkonna rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda.

Eelnevat kokku võttes kuuluvad RHS § 122 lg 9 ja 10 kohaldamisele juhul, kui tegemist on ehitustööde hankelepinguga või ehitustööde konsessioonilepinguga ning RHS §-d 15-21 teevad viite riigihangete seaduse 2., 4., 5. või 6. peatükile.

⁷⁹ RHS § 15 lg 5

⁸⁰ RHS § 168

2. Maksete peatamine siseriiklikus õiguses RHS § 122 lg-te 9 ja 10 kohaselt

2.1. Maksete peatamisest tuleneva õigussuhte kvalifitseerimine

2.1.1. Hankija kui avalik-õiguslikus suhtes tegutsev haldusorgan

Haldusorgan on seadusega, selle alusel antud määrusega või halduslepinguga avaliku halduse ülesandeid täitma volitatud asutus, kogu või isik.⁸¹ Avaliku halduse ülesanne ehk haldusülesanne on avaliku ülesande üks alaliik.⁸² Haldusorgan on haldusaparaadi struktuuriüksus, kellel on pädevus mingit haldusülesannet täita ning kes on konkreetsel juhul haldusorganiks, sõltub eriseaduste regulatsioonist.⁸³ Avaliku ülesande määratlust seadustes ei ole.⁸⁴

Merusk on avalikke ülesandeid defineerinud kui vahetult seadusega või seaduse alusel haldusinstitutsioonidele pandud ülesandeid või ülesandeid, mis on interpreteerimise teel vastavast õigusnormist tuletatud.⁸⁵ Riigikohtu erikogu on jõudnud avalike ülesannete defineerimisel Meruskiga samale seisukohale, lisades, et avalik ülesanne ei tähenda ilmtingimata seda, et tegemist peab olema täidesaatva riigivõimu volituse kasutamisega. Näiteks on kinnipeetavale sisseostude tegemise võimaldamine avalik ülesanne, sest seadusandja on selle vangistusseaduse § 48 lg-s 1 sellisena määratlenud. Avaliku ülesande olemus ei muutu ka sellest, et seda ülesannet täidab eraõiguslik isik.⁸⁶ Seega on isiku haldusorganiks lugemisel tähtis täidetava ülesande olemus, mitte isiku õiguslik vorm.

Maurer on halduse ülesanded ja eesmärgid jaganud viieks: korraldav haldus, soodustav haldus, suunav haldus, maksuhaldus ja varustav haldus.⁸⁷ Korraldava halduse eesmärk on muuhulgas tagada avalikku korda, suunava halduse eesmärgiks on näiteks majanduse arengu laialdasem toetamine ja juhtimine.⁸⁸ Halduse õigusliku toime on Maurer jaganud kaheks: koormav (kodaniku koormamine ja kohustamine) ning soodustamine (kodanikule toetuse ja muude soodustuste andmine).⁸⁹

⁸¹ HMS § 8 lg 1

⁸² N.Parrest. Segadus mõistetes seoses avaliku võimu ülesannetega. Juridica X/2014. Lk 734

⁸³ I. Pilving. Haldusmenetluse käsiraamat. (2004), lk 41

⁸⁴ RKTkm 07.12.2016 nr 3-2-1-126-12, p 14

⁸⁵ K.Merusk. Avalike ülesannete eraõiguslikele isikutele üleandmise piirid. Konstitutsiooni- ja haldusõiguse aspekte. Juridica VIII/2000, lk 500

⁸⁶ RKEKm 16.02.2010 nr 3-3-4-1-10, p-d 5 ja 6

⁸⁷ H. Maurer. Haldusõigus: üldosa. 14., ümbertöötatud ja täiendatud trükk. Tallinn: Juura 2004. Lk 4-5

⁸⁸ Ibid

⁸⁹ Ibid, lk 5

Autor leiab, et riigihangete seaduse §-s 122 lg-s 9 kui eriseaduses sätestatud ülesande näol on tegemist avaliku halduse ülesandega HMS § 8 lg 1 mõttes. Ülesande olemus seisneb hankijate kohustuses alltöövõtjate avaldusi vastu võtta, hinnata alltöövõtjate avalduses sisalduvate nõuete põhjendatust ning vajadusel alltöövõtjaid kaitsta, jättes peatöövõtja tasustamata osas, milles ta ei ole alusetult tasustanud alltöövõtjat. Maureri kästluse järgi täidab seesugune ülesanne nii korraldava kui ka suunava halduse eesmärki, omades samas nii koormavat (peatöövõtjat) kui ka soodustavat (alltöövõtjat) mõju. Selline ülesanne on seatud vaid spetsiifilistele tellijatele, st neile, kes vastavad RHS §-s 5 sätestatud hankija tunnustele.

Avalik ülesanne peab olema vahetult seadusega või seaduse alusel pandud täitmiseks haldusinstitutionidele. Nagu „avalik ülesanne“, on ka „haldusinstitution“ seadustes määratlemata mõiste. Kahtlust ei ole, et avaliku sektori hankijad⁹⁰ mahuvad määratluse „haldusinstitution“ raamidesse, kuivõrd tegemist on n-ö klassikaliste haldusorganitega. Probleemsem on olukord RHS § 5 lg 3 p-des 2 ja 3 nimetatud võrgustikusektori hankijatega. Riigikohtu halduskolleegium on 2017. aasta otsuses leidnud, et AS Eesti Raudtee (võrgustikusektori hankija) ei vii hanget läbi mitte haldusülesannete täitmiseks, vaid oma ettevõtluse tarbeks.⁹¹ Samas, riigihanke läbiviimine on iseenesest formaalselt paigutatav HMS § 2 lg-s 1 toodud haldusmenetluse mõiste alla ning riigihanke läbiviimisel on eri- või ainuõigust või loomulikku monopoli omav ettevõtja avalik-õiguslikke ülesandeid täitev isik, s.t. avaliku võimu kandjaks.⁹² Seega, ka võrgustikusektori hankijad teostavad seadusega ettenähtud ulatuses avalikku võimu, mistõttu saab neid teatud tingimustel pidada ka „haldusinstitutionide“ määratlusega hõlmatuks.

Kuivõrd maksete peatamise ülesanne on vahetult seadusega hankijatele kui haldusinstitutionidele täitmiseks pandud, on hankijate näol selle ülesande täitmisel tegemist haldusorganitega. Järgnevalt tuleb välja selgitada, kas poolte vahel on avalik-õiguslik suhe.

Kehtiva praktika kohaselt loetakse riigihankelepingute täitmisega seotud vaidlused eraõigusesse kuuluvaks, olenemata sellest, et vaidluse üheks pooleks võib olla avalik-õiguslik juriidiline isik, järgides seega traditsioonilist mudelit, mis välistab hankelepingud avaliku õiguse valdkonnast.⁹³ Samas tuleb märkida, et eelnevalt pole riigihankeõiguse normid läbi kolmanda isiku tahteavalduse nõnda intensiivselt sekkunud peatöövõtja ja hankija

⁹⁰ RHS § 5 lg 2

⁹¹ RKHKo 24.01.2017 nr 3-3-1-65-16, p 16

⁹² RKHKo 06.02.2001 nr 3-3-1-69-00, p 1; I.Pilving. Haldusmenetluse käsiraamat (2004), lk 26; 43.

⁹³ Simovart, doktoritöö (2010), lk 35 ning samas viidatud kohtulahendid

lepingulistesse suhetesse, mis on oma olemuselt eraõiguslikud. Kindlaks tuleks määrata need elemendid, mis mõjutavad küsimuse kuulumist avaliku või eraõiguse sfääri ning teha järeldused, millised elemendid on ülekaalus.⁹⁴

Institutsionaalsest aspektist eeldab õigussuhte kvalifitseerimine avalik-õiguslikuks vältimatult, et üks osapooltest oleks avaliku võimu kandja. Avaliku võimu kandjaks on üldjuhul riik, KOV üksus või muu avalik-õiguslik juriidiline isik, kuid selleks võib olla ka avalikke ülesandeid täitev eraisik, kui talle on antud volitused avaliku võimu teostamiseks.⁹⁵ Funktsionaalsest aspektist peab avaliku võimu kandja ka avalikku võimu teostama, st omama avaliku võimu kandja seisundit.⁹⁶ Avaliku võimu teostamiseks saab pidada ühepoolset kohustuste pealepanekut või õiguste piiramist.⁹⁷ Makse peatamisega piiravad hankijad ühepoolset peatöövõtja õigust saada tehtud töö eest tasu, kohustades peatöövõtjat kas tasuma alltöövõtjale avalduses toodud summa või näitama hankijale alltöövõtja nõude alusetust. RHS § 122 lg-tes 9-10 sätestatud on kohustatud järgima nii avaliku sektori hankijad RHS § 5 lg 2 mõistes kui ka võrgustikusektori hankijad RHS § 5 lg 3 mõistes.

Enamlevinumateks avaliku ning eraõiguse piiritlemisteoriateks on huvi-, subordinatsiooni- ja subjektiteooria, samas ei saa neist ühegi põhjal teha määravat otsustust suhte olemuse kohta.⁹⁸

Huviteooria kohaselt on avalik õigus see, mis on seotud riigi huvidega ning eraõigus see, mis on seotud üksikisiku kasuga. Samas leidub avaliku õiguse norme, mis teenivad erahuve ning *vice versa*, mistõttu pole huviteooriast lähtuvalt alati võimalik õiguse valdkondi eristada.⁹⁹ Nõnda on ka RHS § 122 lg-te 9-10 puhul. Ühelt poolt on märgata riigi huve, kuivõrd riigi eesmärk on tema rahaliste vahendite parim kasutus, milles on hõlmatud ka alltöövõtjate aus tasustamine. Teiselt poolt teenivad maksete peatamise normid alltöövõtjate kui eraisikute huve läbi selle, et suurendavad või vähemasti on mõeldud suurendama alltöövõtjate kindlustunnet tasu saamisel.

⁹⁴ L.Kanger, M.Leppik. Halduskohtu pädevus: Riigikohtu administratiivosakonna ja halduskolleeegiumi praktika aastatel 1919-1940 ja 1992-2009. Juridica VIII/2009, lk 514

⁹⁵ K. Merusk ja I.Pilving (koost). Halduskohtumenetluse seadustik: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2013. Lk 38

⁹⁶ Ibid, lk 39

⁹⁷ I.Pilving. Haldusmenetluse käsiraamat. (2004), lk 251

⁹⁸ I.Pilving. Haldusmenetluse käsiraamat. (2004), lk 249-250; R.Narits. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura, 2004. Lk 44-45

⁹⁹ R.Narits (2004), lk 44

Subjektiteooria kohaselt on avaliku võimu kandjatel eriõigused- või kohustused võrreldes tavapärase tsiviilkäibes osalejatega. Subjektiteooria edasiarenduse kohaselt peab avaliku võimu kandja olema õigussuhtes positsioonil, milles eraisikud olla ei saa, st teostama võimu (modifitseeritud subjektiteooria).¹⁰⁰ RHS § 122 lg 9 on kohaldatav ehitustööde hanke- ja kontsessioonilepingutes, tavapärane tsiviilõigus sellist instrumenti¹⁰¹ ei tunne, mistõttu on tegemist avaliku võimu kandjatele (hankijatele) sätestatud erikohustusega. RHS § 122 lg 10 kohaselt ei loeta makse peatamist/mitteteostamist peatöövõtjale hanklepingu rikkumiseks ning tegemist on seega hankijatele kui töövõtulepingu pooleks olevatele tellijatele antud eriõigusega, kuivõrd tsiviilkäibes osajatel makse mittekohasel teostamisel selline privileeg puudub. Järelikult vastab hankija tegevus subjektiteooria kohaselt avalik-õiguslikule suhtele. Asjaolu, et tehtud töö eest makse kinni hoidmist, mis oma eraõiguslikus tähenduses vastab kohustuse rikkumise tunnustele,¹⁰² ei loeta rikkumiseks,¹⁰³ asetab hankijad olukorda, milles eraisikud olla ei saa ning seetõttu on ka modifitseeritud subjektiteooria järgi tegemist avalik-õigusliku suhtega.

Subordinatsiooniteooria järgi on jõudude vahekord poolte vahel asümmeetriline,¹⁰⁴ st avalik-õigusliku suhte puhul on tegemist subordinatsioonisuhtega ning eraõigusliku suhte puhul koordinatsioonisuhtega.¹⁰⁵ Avalikku õigust iseloomustab ühepoolne ja kohustuslik reguleerimine ning eraõigust mõlema poole võimalus õigussuhte kujundada.¹⁰⁶ Nagu juba eelnevalt nenditud, on maksete peatamise näol tegemist ühepoolse ja kohustusliku regulatsiooniga, mida peatöövõtjal võrdselt kujundada pole võimalik.

Subjekti- (sh modifitseeritud) ja subordinatsiooniteooria kohaselt saab seega jõuda järeldusele, et tegemist on avalik-õigusliku suhtega ning huviteooria kohaselt võib õigussuhte paigutada nii avalik-õigusliku kui eraõigusliku regulatsiooni alla.

Siinkohal tuleb märkida, et ühepoolsus ei ole omane ainult avalik-õiguslikele suhetele, st ka eraõiguslikus suhtes on võimalik teha ühepoolseid tehinguid, mis muutuvad kehtivaks teisele poolele kättetoimetamisel. Sellisteks ühepoolseteks tehinguteks on eelkõige kujundamisõiguse

¹⁰⁰ T.Rauk. Haldusakti, toimingu ja menetlustoimingu eristamise kriteeriumid ja vaidlustamine halduskohtus. Magistritöö. Juh: prof K. Merusk, mag.iur E.Vene. Tartu Ülikool, 2013. Lk 11

¹⁰¹ Töövõtulepingus alltöövõtja avalduse tõttu tellijapoolne makse peatamine peatöövõtjale

¹⁰² VÕS § 100

¹⁰³ RHS § 122 lg 10

¹⁰⁴ I. Pilving ja P.Sarv. HKMS komm vlj. (2013), lk 39

¹⁰⁵ R.Narits (2004), lk 45

¹⁰⁶ T.Rauk (2013), lk 10-11

teostamiseks tehtud tahteavaldused, nt taganemisavaldus ja hinna alandamise avaldus.¹⁰⁷ Oluline on aga asjaolu, et realiseerida taolisi ühepoolseid õigusi oma lepingupartneri vastu, peab tsiviilõiguslikus suhtes olema eelnenud mingisugune kohustuse rikkumine sama partneri poolt, kelle suhtes õigusi realiseeritakse. Nõnda võib näiteks hinda alandada juhul, kui võetakse vastu mittekohane täitmine,¹⁰⁸ lepingust võib taganeda siis, kui teine pool on enda lepingulist kohustust oluliselt rikkunud¹⁰⁹ jne. Tuleb ka märgata, et tsiviilõiguslikus suhtes on tegemist õigusega, st see ei kohusta poolt seda kasutama. Maksete peatamise puhul ei teki alus õigussuhte ühepoolseks kujundamiseks aga lepingulisest suhtest peatöövõtja ja hankija vahel, vaid hoopis lepingulisest suhtest väljaspool asuva kolmanda isiku tahteavalduse tõttu ning see ei ole eraõigusele omane. Veel enam, RHS § 122 lg 9 ei anna hankijale õigust suhet ümber kujundada, vaid kohustab teda selleks, seega võib kasutada väljendit „lepingupoole kujundamiskohustus“.

Riigikohtu erikogu on sedastanud, et kui subjektiivsete avalike õiguste, sh põhiõiguste kaitsmise küsimus tekib avalik-õigusliku juriidilise isiku ja tema lepingupartneri omavahelises suhtes, mis on peamiselt reguleeritud tsiviilõiguse normidega, siis tuleb see vaidlus lahendada tsiviilkohtumenetluse korras,¹¹⁰ s.t. lugeda suhe eraõiguslikuks. Sellises situatsioonis ei muuda vaidlust avalik-õiguslikuks ka see, et avalik-õiguslik juriidiline isik peab eraõiguslikes suhetes arvestama põhiõiguste, võrdse kohtlemise, õiguspärase ootuse ja teiste avaliku õiguse põhimõtete ja normidega.¹¹¹ Suhte eraõiguslikuks kvalifitseerimise kasuks räägib olukord, kus avaliku võimu kandja seisund suhtes teise isikuga on olemuslikult, mitte ainult väliselt või vormiliselt samaväärne seisundiga, milles võivad olla ka eraisikud.¹¹² Autor näitas eelnevalt modifitseeritud subjektiteooriat käsitledes, et hankijad on maksete peatamisel positsioonil, milles eraisikud olla ei saa, mistõttu räägib see suhte avalik-õiguslikuks kvalifitseerimise kasuks.

Pooltevahelised lepingulised vaidlused jäävad tsiviilõiguslikuks ka siis, kui üheks pooleks on avalik-õiguslik juriidiline isik.¹¹³ Tõsi, hankijad peavad samuti oma eraõiguslikes suhetes arvestama riigihangete üldpõhimõtetega.¹¹⁴ Kui aga tsiviilõigusliku lepingu sõlmimist või

¹⁰⁷ P. Varul jt (koost). Tsiviilõiguse üldosa. Tallinn: Juura, 2012. Lk 98

¹⁰⁸ VÕS § 112 lg 1

¹⁰⁹ VÕS § 116 lg 1

¹¹⁰ RKEKm 20.12.2001 nr 3-3-1-8-01, p 18

¹¹¹ RKHKo 14.12.2011 nr 3-3-1-72-11, p 12

¹¹² RKEKm 20.12.2001 nr 3-3-1-8-01, p 13

¹¹³ Ibid

¹¹⁴ Simovart, doktoritöö (2010), lk 26

muutmist vaidlustab kolmas isik, kes ei ole lepingu pool, põhjusel, et avaliku võimu kandja on lepingut sõlmides või muutes rikkunud tema subjektiivseid avalikke õiguseid, on tegemist avalik-õigusliku vaidlusega, mis kuulub halduskohtu pädevusse.¹¹⁵ Maksete peatamise regulatsioon ei ole üheselt analoogne kummagi eelnimetatud olukorraga, vaid on kombinatsioon nendest: subjektiivsete õiguste algseks rikkujaks ei ole mitte hankija, vaid hoopis peatöövõtja suhtes alltöövõtjaga, kuid mõju omab see peatöövõtja ja hankija vahelises suhtes, kus hankijast võib saada makse peatamise tõttu peatöövõtja subjektiivsete õiguste rikkuja. Rõhutada tuleb, et RHS § 122 lg 9 rakendamisest tekkiv potentsiaalne vaidlus on küll seotud hankija lepingulise kohustusega maksta kokkulepitud töö eest tasu, kuid see ei muuda makse peatamisest võrsvat vaidlust olemuslikult lepinguliseks.¹¹⁶

Alltöövõtjate regulatsiooni mõjude analüüsis leitakse, et kui hankija jätab alltöövõtja taotluse rahuldamata, on alltöövõtjal õigus pöörduda hankija otsuse vaidlustamiseks halduskohtusse. Ebakindel seisukoht võetakse peatöövõtja osas, sedastades, et alltöövõtja avalduse menetlemise tulemused võivad olla vaidlustatavad halduskohtus.¹¹⁷ Samas jaatatakse justkui peatöövõtja õigust pöörduda otse hagiga kohtusse, lugedes suhte eraõiguslikuks.¹¹⁸ Analüüsis tuginetakse peamiselt ka käesoleva töö eelnevas lõigus välja toodud Riigikohtu seisukohtadele.

Autor nõustub analüüsis järeldatuga, et alltöövõtja ja hankija vaheline suhe on RHS § 122 lg- te 9 ja 10 rakendamisel on avalik-õiguslik. Eelnevast tulenevalt ei saa päri olla seisukohaga, et peatöövõtja ja hankija vaheline suhe jääb antud regulatsiooni rakendamisel eraõiguslikuks.

On selge, et antud õigussuhtes on era- ja avaliku õiguse elemendid tihedalt põimunud, mistõttu on ühese vastuse andmine äärmiselt keerukas. Samas on oluline arvestada, et RHS § 122 lg- test 9 ja 10 tuleneva vaidluse tuumaks ei ole mitte peatöövõtja ja hankija omavahelised lepingulised nõuded, vaid hankija avalike ülesannete teostamise õiguspärasus. Autor on seisukohal, et eelnevat analüüsi ning erinevaid argumente arvestades on õigustatud lugeda maksete peatamine tsiviilõiguslikust suhtest väljuvaks avalik-õiguslikuks menetluseks, olles seega kohati vastuolus praeguse kohtupraktikaga.

¹¹⁵ RKEKm 20.12.2001 nr 3-3-1-8-01, p 18

¹¹⁶ RHS § 122 lg 9 rakendamine eeldab, et üleüldse on makse, mida peatada s.t. peatöövõtja on teinud lepingus kokku lepitud töö ning hankijal on lepinguline kohustus töö eest tasuda (VÕS § 635).

¹¹⁷ Deloitte Legal. Alltöövõtjate regulatsiooni rakendamisega kaasnevad mõjud. 18.12.2017. Lk 22. Arvutivõrgus: https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/alltoovotjate_regulatsiooni_mojude_kaardistamine_2017.pdf (22.04.2018)

¹¹⁸ Ibid, lk 23

2.1.2. Hankija ühepoolne tahteavaldus õigussuhte reguleerimiseks haldusvälise isikuga

Haldusaktina saab käsitleda vaid selliseid tahteavaldusi, mis on suunatud kellegi õiguste või kohustuste tekitamisele, muutmisele või lõpetamisele, s.t millel on õigussuhtele reguleeriv toime. Seega võib regulatsioon näiteks kohustada, lubada, anda õiguse nõuda toimingut, muuta isiku avalik-õiguslikku staatust, tuvastada õiguslikke asjaolusid, reguleerida asja avalik-õiguslikku seisundit jne.¹¹⁹

Kehtivas õiguses tahteavalduse legaaldefiniitsioon puudub, kuid tahteavaldust saab käsitleda kui õigusliku tagajärje kaasatoomisele suunatud tahteväljendust.¹²⁰ Haldusaktis võib samuti väljenduda tahteavaldus, millel on tsiviil-õiguslik tähendus.¹²¹ On leitud, et haldusakt ongi oma definiitsiooni kohaselt avalik-õiguslikus suhtes tehtud tahteavaldus¹²² ning haldusakt eristub haldusorganite eraõiguslikest tahteavaldustest vaid selle poolest, et on tehtud avalik-õiguslikus suhtes.¹²³ Siit võib järeldada, et tsiviilõiguslik ja avalik-õiguslik tahteavaldus võivad eristuda tahteavalduse tegija, tahteavalduse vormi ning õigussuhte olemuse poolest, kuid mõlemad on suunatud õigusliku tagajärje kaasa toomisele, st õiguste või kohustuste tekitamisele, muutmisele või lõpetamisele.

RHS § 122 lg 9 kohaselt jätab hankija pakkuja esitatud rahalise nõude vastavas osas täitmata, kui alltöövõtja esitab talle põhjendatud avalduse seoses alltöövõtjaga sõlmitud allhankelepingu alusel rahalise kohustuse täitmata jätmisega pakkuja poolt. Hankija võib rahalise kohustuse pakkujale täita siis, kui hankijale on esitatud tõendid, et alltöövõtjale on rahaline kohustus täidetud või alltöövõtja nõue on alusetu.

RHS § 122 lõike 9 sõnastusest tuleneb eeldus, et pakkuja rahaline nõue hankija vastu peab olema muutunud sissenõutavaks, kuivõrd vastasel korral keelduks hankija maksmast tsiviilõiguslikel põhjustel.¹²⁴ Järelikult on pakkujal tekkinud õigust saada tehtud töö eest tasu.¹²⁵ RHS § 122 lg 9 muudab seda pakkuja tekkinud õigust kahel moel. Üheltpoolt vähendab see pakkuja õigust saada tasu alltöövõtja avalduses märgitud summa võrra. Teiseltpoolt pannakse

¹¹⁹ I. Pilving. Haldusmenetluse käsiraamat. (2004), lk 254

¹²⁰ L. Hallik. Tahteavaldus tsiviilõiguses. Magistritöö. Juhendaja: prof Paul Varul. Tartu Ülikool, 2005. Lk 104

¹²¹ P. Varul jt (koost) 2012, lk 86

¹²² I. Pilving. Uurimus kehtiva haldusakti õiguslikust tähendusest rõhuasetusega avalik-õiguslikel lubadel. Doktoritöö. Juhendaja: prof K. Merusk. Tartu Ülikool, 2005. Lk 175

¹²³ K. Merusk ja I. Pilving. HKMS komm vlj. (2013), lk 68

¹²⁴ VÕS § 637 lg 3 kohaselt muutub töövõtulepingu puhul tasu sissenõutavaks töö valmimisest; VÕS § 82 lg 7

¹²⁵ VÕS § 635 lg 1

õigus saada ülejäänud tasu sõltuvusse kohustusest näidata hankijale, et pakkuja on alltöövõtjale juba tasunud või alltöövõtja nõue on alusetu – luuakse peatöövõtjale uus kohustus.

Järelikult saab öelda, et makse peatamise puhul on tegemist hankija tahteavaldusega, mis on suunatud nii pakkuja õiguse muutmisele kui ka kohustuste tekitamisele, s.t õigussuhte reguleerimisele

Haldusakti ühepoolsus tähendab seda, et menetlusosalise tahteavaldus ise reguleerimisel vahetult ei osale.¹²⁶ Peatöövõtja on haldusmenetluses menetlusosaline, nimelt haldusakti adressaat.¹²⁷ Makse peatamise otsustus sõltub RHS § 122 lg 9 kohaselt alltöövõtja taotlusest ja selle põhjendatusest. Pakkuja tahteavaldused hankija tahteavaldust reguleerimisel otseselt ei mõjuta, seega on tegemist hankija ühepoolse tahteavaldusega.¹²⁸

Vaid üksikjuhtumeid reguleerivad õigusaktid saavad olla haldusaktideks.¹²⁹ Klassikalised haldusaktid on üldiselt individuaalsed ja konkreetset. Individuaalsus tähendab suunatust ühele või mitmele kindlale adressaadile. Konkreetset tähendab, et aktiga lahendatav situatsioon peab olema identifitseeritav individuaalsete tunnuste abil.¹³⁰

Maksete peatamise otsustusega lahendatakse konkreetse ja individuaalse alltöövõtja avaldus ning adressaadiks on konkreetne ja individuaalne peatöövõtja. On loomulik, et ühe hankelepingu täitmisel osaleb rohkem kui üks alltöövõtja ning vastavalt sellele võib ka taotluseid maksete peatamiseks olla rohkem. Välistada ei saa ka seda, et üks ja sama alltöövõtja taotleb erinevatel asjaoludel mitu korda makse peatamist. Sellega aga ei muutu asjaolu, et hankija lahendab individuaalsete tunnuste abil identifitseeritavat situatsiooni, mistõttu on tegemist üksikjuhtumi reguleerimisega.

Haldusmenetluse eesmärk on reguleerida vaid haldusvälist isikut puudutavat haldustegevust,¹³¹ st haldusakt peab olema antud seoses haldusvälise isiku õiguste ja kohustustega.¹³² Autori hinnangul on siinkohal selge, et tegemist on väljapoole suunatud aktiga.

¹²⁶ I. Pilving. Haldusmenetluse käsiraamat. (2004), lk 262-263

¹²⁷ Isik, kellele haldusakt või toiming on suunatud – HMS § 11 lg 1 p 3

¹²⁸ Maurer (2004), lk 127 – asjaolu, et haldusakti annab ametiasutus välja ühepoolselt, ei välista asjasse puutuva isiku kaasaráákimisõigust. Hankija kohustustest taotluse põhjendatuse hindamisel vt veel ptk 2.2

¹²⁹ I. Pilving. Haldusmenetluse käsiraamat. (2004), lk 263

¹³⁰ K. Merusk ja I. Pilving. HKMS komm vlj. (2013), lk 73-74; Autori märkus: vahevormina tuntakse eriliigina üldkorraldust.

¹³¹ I. Pilving. Haldusmenetluse käsiraamat. jt (2004), lk 267

¹³² K. Merusk ja I. Pilving. HKMS komm vlj. (2013), lk 75

2.1.3. Haldusmenetlust välistava asjaolu puudumine

HMS § 2 lg 1 järgi on haldusmenetlus haldusorgani tegevus määruse või haldusakti andmisel, toimingu sooritamisel või halduslepingu sõlmimisel.¹³³ HMS § 2 lg 2 kohaselt ei ole haldusmenetlusteks tööstusomandi esemele õiguskaitse andmise menetlus, riigihangete teostamine ja vaidlustuste lahendamine riigihangete seaduse tähenduses ning vääртеomenetlus ja süüteguide kohtueelne uurimine. Riigihangete menetlus on küll iseenesest paigutatav haldusmenetluse mõiste alla,¹³⁴ kuid menetluse spetsiifilisest tulenevalt ei ole otstarbekas selle puhul HMS-i kohaldada.¹³⁵ HMS § 2 lg 2 kohaselt tuleb „riigihanke teostamise“ defineerimisel lähtuda riigihangete seaduses sätestatust.

Riigihanked on haldusmenetluse seaduse kohaldamisalast jäetud välja alates 1.augustist 2002. aastal jõustunud redaktsiooni vastuvõtmisest. 01.08.2002 jõustunud redaktsioonis nimetati välistust „riigihangete pakkumismenetlus ja selle käigus tehtud vaidlustuste lahendamine“.¹³⁶ Mõistet „riigihangete teostamine ja vaidlustuste lahendamine riigihangete seaduse tähenduses“ kasutatakse alates 1. maist 2007 jõustunud redaktsioonis,¹³⁷ mil jõustus ka nüüdseks kehtetu riigihangete seadus (vana RHS).¹³⁸ Vana RHS järgi olid „riigihangeteks“ asjade ostmine, teenuste tellimine, ideekonkursside korraldamine, ehitustööde tellimine ja ehitustööde ning teenuste kontsessioonide andmine hankija poolt, samuti ehitustööde tellimine ehitustöö kontsessioonäri poolt.¹³⁹ Kui mõiste „riigihangete pakkumismenetlus“ viitab väga konkreetselt vaid riigihangete seaduse alusel teostatavatele menetlustele, siis mõistet „riigihangete teostamine“ võiks põhimõtteliselt käsitleda ka kui hankemenetlust ning sellele järgnevat lepingu täitmist, mis kokku moodustavad teostatud riigihanke. Samas tuleb arvestada, et vana RHS § 4 defineeris hankelepingut kui riigihanke tulemusena sõlmitud lepingut,¹⁴⁰ millest nähtub selgelt, et riigihanke all peeti silmas vaid hanke menetluslikku osa. Seega ei olnud HMS § 2 lg-s 2 sätestatud „riigihangete teostamise riigihangete seaduse tähenduses“ vana RHS kohaselt mõeldud lepingu täitmist puudutavat osa.

¹³³ Vastav definitsioon on jäänud ajas muutumatuks

¹³⁴ RKHKm 20.12.1999. nr 3-3-1-48-99, p 3

¹³⁵ I. Pilving. Haldusmenetluse käsiraamat. (2004), lk 26

¹³⁶ Haldusmenetluse seadus. RT I 2001, 58, 354. 01.08.2002...30.06.2003 § 2 lg 2

¹³⁷ Haldusmenetluse seadus. RT I 2001, 58, 354. 01.05.2007...31.12.2007 § 2 lg 2

¹³⁸ Riigihangete seadus. RT I, 2007, 15, 76

¹³⁹ Ibid § 2 lg 2

¹⁴⁰ Ibid § 4 lg 1

Simovart on juhtinud tähelepanu segadusele mõistete riigihange, hankemenetlus ja hankeleping kasutamisel, rõhutades, et „riigihange“ lõpeb tellitud soorituse saamisega, mitte hankelepingu sõlmimisega, kui lõpeb hankemenetlus.¹⁴¹ Kehtivas riigihangete seaduses on „riigihange“ defineeritud kui asja ostmine, teenuse tellimine, ideekavandi saamine, ehitustöö tellimine või kontsessioonilepingu sõlmimine hankija poolt.¹⁴² Kehtiv RHS ei defineeri enam „hankelepingut“ läbi riigihanke teostamise, vaid kui rahaliste huvidega seotud lepingut, sealhulgas kontsessioonilepingut, mille esemeks on asjad, teenused või ehitustööd.¹⁴³ Riigihangete seaduse eelnõu seletuskirjast nähtub aga seadusandja jätkuv tahe välistada hankelepingu täitmise osa riigihanke definitsioonist: „Seega on riigihankeks igasugune asjade ostmiseks, teenuse või ehitustöö tellimiseks, ideekavandi saamiseks ja kontsessioonilepingu sõlmimiseks korraldatav menetlus, samuti on riigihankeks selliste hankelepingute sõlmimise menetlus erandite ning sisetehingute sätete alusel.“¹⁴⁴

Järeldust, et seadusandja on „riigihanke“ all jätkuvalt silmas pidanud vaid hangete menetluslikku osa ning mitte hankelepingu täitmisega seonduvat, toetavad ka muud sätted RHS-s. Näiteks „hankemenetlus“ on defineeritud kui riigihanke korraldamine RHS 2. peatükis sätestatud korras.¹⁴⁵ Vaidlustusmenetluses on õiguskaitsevahendina ette nähtud „riigihanke peatamine“¹⁴⁶, kuid nimetatud õiguskaitsevahend ei võimalda ometi hankelepingu täitmist peatada, arvestades, et riigihanke peatamise instituudis võrreldes eelneva riigihangete seadusega suuri muudatusi ei ole.¹⁴⁷

Eelnevat tõlgendust toetab ka haldusmenetluse üldine ülesanne, mille kohaselt peavad olema isiku õigused tagatud läbi ühtlase, isiku osalust ja kohtulikku kontrolli võimaldava korra loomise.¹⁴⁸ Arvestades, et maksete peatamise regulatsioon sekkub intensiivselt peatöövõtja lepingulisse õigusesse saada hankijalt tehtud töö eest tasu, oleks selle välistamine haldusmenetluse kohaldamisalast vastuolus haldusmenetluse enda eesmärgiga.

Kuivõrd hankelepingu täitmine ei ole riigihanke teostamine riigihangete seaduse tähenduses, ei ole haldusmenetluse kohaldamine HMS § 2 lg 2 kohaselt välistatud.

¹⁴¹ M.A. Simovart. Arvustus: D.Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, 592 lk. Juridica X/2014, lk lk 783

¹⁴² RHS § 4 p 16

¹⁴³ RHS § 8 lg 1

¹⁴⁴ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu 450 SE juurde, lk 14

¹⁴⁵ RHS § 4 p 5

¹⁴⁶ RHS § 193

¹⁴⁷ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu 450 SE juurde, lk 129

¹⁴⁸ HMS § 1

2.1.4. Peatöövõtja ja alltöövõtja õiguskaitsevahendid

Alapeatükkides 2.1.1-2.1.3. toodust tuleneb, et peatöövõtja ning hankija vaheline suhe makse peatamisel on avalik-õiguslik ning hankija otsustuse näol on tegemist haldusmenetluses antud haldusaktiga. Samas jääb ebaselgeks alltöövõtja positsioon, millest oleneb alltöövõtja võimalus hankija ebasoodsat otsustust vaidlustada, kuivõrd vaideõiguse omamiseks peab haldusakt või haldusmenetlus isiku õigusi rikkuma või vabadust piirama¹⁴⁹ ning halduskohtusse võib isik pöörduda üksnes oma õiguste kaitseks.¹⁵⁰

Haldusmenetlus algab taotluse esitamisega või haldusorgani oma initsiatiivil.¹⁵¹ Makse peatamiseks on RHS § 122 lg 9 kohaselt tarvis alltöövõtja avaldust. Alltöövõtja on seega menetlusosaline – haldusakti andmist taotleb isik (taotleja).¹⁵²

Alltöövõtjale on ebasoodne olukord, kus hankija leiab, et alltöövõtja avaldus ei ole põhjendatud ning keeldub makse peatamisest peatöövõtjale. HMS § 43 lg 2 kohaselt kui taotletud haldusakt otsustatakse jätta andmata, antakse selle kohta haldusakt (haldusakti andmisest keeldumine). Juhul, kui haldusmenetlus algab isiku taotlusega, on haldusakti andmata jätmise puhul tegemist isiku taotluse rahuldamata jätmisega, millega haldusorgan väljendab oma mittetunnustavat suhtumist isiku subjektiivse õiguse olemasolusse taotletud haldusakti saamiseks ning tuvastatakse õiguslikult siduvalt, et isikul ei ole õigust soodustusele.¹⁵³ Siinkohal tekib üleüldine küsimus, kas RHS § 122 lg-st 9 tuleneb alltöövõtjale subjektiivne õigus.

Objektiivne õigus koosneb avaliku võimu kohustustest, mille täitmisele ei ole kellelgi subjektiivset õigust. Subjektiivse õiguse struktuuris esineb samuti kellegi kohustus midagi teha või tegemata jätta, kuid lisaks kohustusele on aga õiguse kandjal kohustuse kandja vastu õigus sellele, et viimane oma kohustuse täidaks. Subjektiivse õiguse ja objektiivse normi erinevus ongi see, et viimase puhul puudub õigustatud subjekt, kes saaks nõuda kohustuse täitmist.¹⁵⁴ Subjektiivne õigus on isikule õigusnormidest tulenev õigus oma huvide realiseerimiseks.¹⁵⁵

¹⁴⁹ HMS § 71 lg 1

¹⁵⁰ Halduskohtumenetluse seadustik. RT I, 28.11.2017, 3 (HKMS) § 44 lg 1

¹⁵¹ HMS § 35 lg 1

¹⁵² HMS § 11 lg 1 p 1

¹⁵³ E. Vene. Haldusmenetluse käsiraamat. (2004), lk 235

¹⁵⁴ M. Ernits. Põhiseaduse II peatüki sissejuhatus. Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017. p-d 8 ja 9

¹⁵⁵ A. Aedmaa jt. Haldusmenetluse käsiraamat (2004), lk 487

Subjektiivne õigus sisaldab kahte liiki õigustust: õigust ise teatud viisil käituda ja õigust nõuda teistelt isikutelt teatud käitumist.¹⁵⁶

Alltöövõtja peamine huvi on saada tehtud töö eest tasustatud ning sellekohane subjektiivne õigus tuleneb peatöövõtjaga sõlmitud lepingust ning VÕS § 635 lg-st 1. RHS § 122 lg 9 puhul on olemas õiguse kandja alltöövõtja näol, kellel on hankija kui kohustuse kandja vastu õigus sellele, et hankija jätaaks tasumata peatöövõtjale juhul, kui peatöövõtja ei ole omakorda tasunud alltöövõtjale. RHS § 122 lg 9 sisaldab endas kahte liiki õigustust: alltöövõtja õigust esitada avaldus makse peatamiseks ning õigust nõuda hankijalt, et ta põhjendatud avalduse saamisel makse peataks. Järelikult tuleb jaatada RHS § 122 lg-st 9 tulenevat alltöövõtja subjektiivse õiguse olemasolu, mille eesmärk on aidata kaasa alltöövõtja peamise huvi realiseerimisele. Kui hankija jätab haldusakti välja andmata, on ta pealtnäha justkui tuvastanud õiguslikult siduvalt, et peatöövõtja on oma kohustused alltöövõtja ees korrektselt täitnud ning seega puudub põhjus makse peatamiseks. Samas tuleb arvestada, et alltöövõtja subjektiivse õiguse realiseerimine on sõltuvuses avalduse põhjendatusest ning hankija hinnangust sellele. Hankija saab tuvastada õiguslikult siduvalt vaid asjaolu, kas alltöövõtja avaldus on põhjendatud, kuid mitte seda, kas alltöövõtjal ka tegelikult eksisteerib nõudeõigus peatöövõtja vastu. Autor peab siinkohal silmas seda, et hankija otsus makset mitte peatada (lugeda avaldus põhjendamatuks) ei mõjuta mingil moel alltöövõtja õigust esitada nõue peatöövõtja vastu üldkohtus. Maakohus on seotud vaid haldusakti resolutiivosaga (HMS § 60 lg 2).

Arvestades, et RHS § 122 lg 9 loob alltöövõtjale iseseisva subjektiivse õiguse nõuda hankijalt makse peatamist, on hankija poolt haldusakti andmisest keeldumise puhul tegemist otsusega, mis rikub alltöövõtja vastavat subjektiivset õigust ning on eelduseks, et alltöövõtjal oleks õigus vaidemenetluseks ja menetluseks halduskohtus.

Riigihangete seaduses ettenähtud vaidlustusmenetlust viib kohustusliku kohtuvälise vaidluste lahendamise organina läbi riigihangete vaidlustuskomisjon.¹⁵⁷ Seetõttu tuleb kontrollida, kas maksete peatamise vaidlustamisel on riigihangete seaduses ette nähtud teistsugune menetluskord, mis välistaks halduskohtusse pöördumise õiguse enne riigihangete vaidlustuskomisjonis menetluse läbimist.

¹⁵⁶ Varul jt (2012), lk 51

¹⁵⁷ RHS § 187 lg 14; Riigihalduse ministri määrus „Riigihangete vaidlustuskomisjoni põhimäärus“ RT I, 20.07.2017, 1 § 1

RHS § 185 lg 1 kohaselt võib pakkuja, taotleja või riigihankes osalemisest huvitatud ettevõtja vaidlustada hankija tegevuse, esitades riigihangete vaidlustuskomisjonile sellekohase vaidlustuse, kui ta leiab, et riigihangete seaduse rikkumine hankija poolt rikub tema õigusi või kahjustab tema huvisid. Riigikohus on leidnud, et vaidlustuskomisjonil on üksnes pädevus hinnata riigihangete seaduse järgimist hankija poolt.¹⁵⁸ RHS § 185 lg 2 sätestab loetelu hankija dokumentidest või otsustest, mille peale vaidlustuse võib esitada ning RHS § 185 lg 2 p 8 kohaselt on selleks ka riigihangete seaduse alusel tehtud hankija otsus, mis võib rikkuda vaidlustaja õigusi või kahjustada tema huvisid. Olenevalt hankija otsusest kas makse peatada või mitte peatada, on tegemist RHS alusel tehtud hankija otsusega, mis võib rikkuda peatöövõtja või alltöövõtja õigusi. Peatöövõtja puhul rikutaks tema õigust saada tehtud töö eest tasu ning alltöövõtja puhul tema RHS § 122 lg-ga 9 loodud õigust sellele, et peatöövõtjat ei tasustataks, kui ta on jätnud alltöövõtjale tasumata.

Kehtiv RHS aga siiski antud vaidluse lahendamiseks riigihangete vaidlustuskomisjoni pöördumist ei võimalda ning seda mitmel põhjusel.

Esiteks on RHS § 185 lg-ga 1 vaidlustamise õigus isikuliselt antud pakkujale, taotlejale või osalemisest huvitatud ettevõtjale. Peatöövõtja omab vähemalt hankemenetluses küll pakkuja või taotleja seisundit,¹⁵⁹ kuid Riigikohtu seisukohast võib tuletada, et ettevõtjad kaotavad „pakkuja“ või „taotleja“ staatuse pärast menetluse lõppemist.¹⁶⁰ RHS nimetab samas ka lepingut täitva ettevõtja „pakkujaks“.¹⁶¹ See pole autori hinnangul korrektne, kuivõrd ka hanekdirektiivid kasutavad mõisteid nõnda, et lepingut täitev isik pole enam „pakkuja“.¹⁶² Isegi kui jaatada, et peatöövõtja on pakkuja RHS § 185 lg 1 mõttes, siis alltöövõtjad pakkujad ei ole. Üldise reeglina pole nad ka huvitatud isikud ning ei oma vaidlustusõigust lepingute muudatustest tulenevates vaidlustes,¹⁶³ mistõttu neil pole kaebeõigust ka RHS § 185 lg 1 mõttes. Teiseks on on vaidlustuse esitamine riigihangete vaidlustuskomisjonile pärast hankelepingu sõlmimist piiratud kahju hüvitamise taotluse ning hankelepingu enda vaidlustamisega.¹⁶⁴

¹⁵⁸ RKHKo 12.12.2011 nr 3-3-1-52-11, p 17

¹⁵⁹ RHS § 7 lg 1 kohaselt on pakkuja riigihankes pakkumuse või esialgse pakkumuse esitanud ettevõtja ning taotleja RHS § 7 lg 2 kohaselt riigihankes taotluse esitanud ettevõtja

¹⁶⁰ Vt nt RKHKo 07.10.2013 nr 3-3-1-44-13, p 20.1, mille kohaselt pakkuja õiguslik staatus lõpeb juhul, kui tema pakkumus on tagasi lükatud

¹⁶¹ Nt RHS § 122 ja § 123

¹⁶² Nt klassikaline direktiiv art 71 ja 72

¹⁶³ M.A. Simovart. Enforcement of Ineffectiveness of Unlawfully Modified Public Contracts. *Juridica International* 24/2016, p 46

¹⁶⁴ RHS § 185 lg 4 p-d 2-6 ja § 189 lg-d 7-9

Autor on seisukohal, et maksete peatamisega seonduvate vaidluste puhul võiks olla võimalik pöörduda riigihangete vaidlustuskomisjoni. Vaidluse lahendus oleks kiire ning kompetents samalaadsete vaidluste lahendamiseks oleks koondatud.

Arvestades, et riigihangete vaidlustuskomisjoni maksete peatamise vaidlusega pöördumine on RHS normide järgi välistatud, tuleb kontrollida õiguskaitsevahendite kasutamise võimalikkust halduskohtumenetluses, sh tuvastada milliste reeglite järgi vaidlus lahendatakse.

HKMS näeb hankeasjade lahendamiseks ette eraldi menetluskorra.¹⁶⁵ Hankeasi on HKMS § 266 lg 1 kohaselt riigihanke korraldamisest, sealhulgas hankelepingu sõlmimisest või muutmisest tekkinud haldusasi. Laia tõlgendust kasutades võiks jõuda seisukohani, et makse peatamine on hankeasi, kuivõrd sellega muudetakse peatöövõtja õigust saada tehtud töö eest tasu ning sellega seoses lisatakse peatöövõtjale kohustusi, järelikult muudetakse ka hankelepingut. HKMS § 266 lg 1 teine lauseosa kannab aga põhimõtet, et puudutatud isiku (mitte lepingupoole) seisukohalt vaadatuna tuleb hankelepingu sõlmimise ja muutmise vaidlused lahendada halduskohtus.¹⁶⁶ Lisaks tuleb kaebeõiguse omamiseks läbida kohustuslik kohtueelne menetlus riigihangete vaidlustuskomisjonis.¹⁶⁷ Eelnevas alapeatükis järeldati, et kehtiv RHS makse peatamisega seonduva vaidluse lahendamiseks riigihangete vaidlustuskomisjoni pöörduda ei võimalda. Järelikult ei ole olnud seadusandja eesmärgiks pidada maksete peatamisega seonduvaid vaidlusi hankeasjadeks ning kohaldada hankeasjade eriregulatsiooni, mistõttu on asjakohased tavalised halduskohtusse pöördumise reeglid.¹⁶⁸

Juhul, kui hankija otsustab RHS § 122 lg 9 alusel makse peatada, sisalduvad väljaantavas haldusaktis õigusi piirav klausel (makse peatamine) ning kohustus kas tasuda alltöövõtjale tema poolt nõutav summa või näidata, et alltöövõtjal puudub summale õigus. Eelnimetatud kohustused on üksteise suhtes alternatiivsed, st kui makse peatamise otsustuse tõttu peatöövõtja alltöövõtjale tasub, pole vaja enam näidata, et alltöövõtjal puudub õigus tasu saada ning *vice versa*. Peatöövõtja huviks on sel juhul tühistada haldusakt täielikult, esitades HKMS § 37 lg 2 p 1 kohase tühistamiskaebuse.

Tühistamine on haldusakti kehtivuse kõrvaldamine algusest peale, st tühistamise korral loetakse fiktiivselt, et tühistatud haldusakt ei ole kunagi kehtinud.¹⁶⁹ Samas ei saa haldusakti

¹⁶⁵ HKMS 28. peatükk

¹⁶⁶ J. Jäätma. HKMS komm vlj. (2013), lk 726

¹⁶⁷ HKMS § 268 lg 1

¹⁶⁸ HKMS § 37 lg 2

¹⁶⁹ K.Merusk ja I. Pilving. HKMS komm vlj. (2013), lk 50-51

tagasiulatuvat kehtivuse kõrvaldamist võrdsustada haldusakti tühisusega.¹⁷⁰ Tühistatud haldusakti tagajärjed kuuluvad tagasitäitmisele.¹⁷¹ „Tagasitäitmine tähendab haldusakti õigusvastaste tagajärgede kõrvaldamist, mida ei tohiks ilma kehtiva haldusaktita olemas olla.“¹⁷² Maksete peatamisel saab selliseks õigusvastaseks tagajärjeks olla lepingulise rahalise kohustuse täitmata jätmine, mis tuleb kõrvaldada, s.t peatöövõtjale makse tasuda. Riigikohtu halduskolleegium on leidnud, et täidetud, kuid seejärel tühistatud haldusakt kuulub haldusõiguse üldpõhimõtetest tulenevalt üldjuhul tagasitäitmisele, sest pärast tühistamist puudub tühistatud haldusakti tagajärgedel õiguslik alus. Seejuures on oluline lisada, et kolleegium märkis täiendavalt, et puudutatud isikul/kannatanul on põhjendatud alus eeldada, et haldusorgan kõrvaldab pärast haldusakti kehtetuks tunnistamist õigusvastased tagajärjed enda initsiatiivil.¹⁷³ Samas ei ole haldusorgani kohustus tühistatud haldusakti õigusvastased tagajärjed omal initsiatiivil kõrvaldada üheselt selge, arvestades, et eelnevalt toodud kohtulahendi asjaolude järgi oli haldusorgan haldusakti ise kehtetuks tunnistanud. Sellele, et kannatanu peaks tagajärgede kõrvaldamist eraldi nõudma, viitab RVastS¹⁷⁴ § 11 ning mõningane kohtupraktika.¹⁷⁵ Autor nõustub Riigikohtu käsitlusega, mille järgi tuleb haldusakti tühistamisel lepingujärgne makse sooritada (õigusvastane tagajärg kõrvaldada) hankija enda initsiatiivil ning peatöövõtja ei peaks seda eraldi nõudma. Asjaolu, kas haldusorganil peaks tekkima initsiatiiv ise õigusvastane tagajärg kõrvaldada, ei ole mõistlik diferentseerida selle järgi, kas haldusorgan tunnistab haldusakti ise kehtetuks või tühistab selle halduskohus. Kindlustamaks aga oma positsiooni ning vältimaks uue vaidluse teket, on peatöövõtjal mõistlik esitada ka HKMS § 37 lg 2 p 5 kohane heastamiskaebus, millega nõuda õigusvastase tagajärje kõrvaldamist.

Olukord, kus makset peatav haldusakt ei ole kunagi kehtinud, tähendab, et hankijal on puudunud õiguslik alus makse peatamiseks algusest peale, mistõttu võib eeldada peatöövõtja huvi nõuda hankijalt rahalise kohustuse rikkumise eest viivist. Kõigepealt tuleb kontrollida üleüldist viivisenõude esitamise võimalikkust avalik-õiguslikus suhtes. Riigikohtu halduskolleegium on leidnud, et intressi ei ole avalik-õiguslikus suhtes võimalik nõuda, kui

¹⁷⁰ E.Vene. Ajaline faktor halduskohtumenetluses tühistamis- ja kohustamiskaebuse lahendamist ning rahuldamist mõjutava tegurina. Doktoritöö. Juhendajad prof.emer. K.Merusk ja dots. I.Pilving. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 2017. Lk 19

¹⁷¹ RKHKo 18.06.2008 nr 3-3-1-35-08, p 11

¹⁷² E.Vene. Doktoritöö, lk 20

¹⁷³ RKHKo 08.11.2007 nr 3-3-1-53-07, p 10

¹⁷⁴ Riigivastutuse seadus. RT I, 17.12.2015, 76

¹⁷⁵ RKHKm 07.03.2003 nr 3-3-1-21-03, p 14 kolleegium viitab, et „haldusakt võidakse sõltuvalt asjaoludest varasema perioodi osas tagasi täita“, sama korranud RKHKo 29.09.2015 nr 3-3-2-1-15, p 17

avalik-õiguslik norm ei näe ette intressi maksmise kohustust või õigust selle maksmist nõuda, kuid viivitusintressi on võimalik käsitleda erilaadse kahjuhüvitisena ning avalik-õiguslikus suhtes on võimalik seda nõuda RVastS § 7 lg 1 aluste täitumisel koostoimes VÕS §-ga 113 RVastS § 7 lg-s 4 tehtud viite kaudu.¹⁷⁶

Järelikult on viivist võimalik nõuda ka avalik-õiguslikus suhtes, kuid tõusetub küsimus, kas peatöövõtja viivise nõue tuleneb avalik-õiguslikust suhtest või on nõue puhtalt eraõiguslikust lepingust tulenev. Tuleb tõdeda, et tegemist on kahtlemata väga piiripealse olukorraga. Ühelt poolt kallutab tasakaalu eraõiguslikuks nõudeks kvalifitseerimise poole RVastS § 1 lg 2, mille kohaselt ei reguleerita riigivastutuse seadusega õiguste taastamist ega kahju hüvitamist eraõiguslikus suhtes. Sama paragrahvi lg 3 p-i 1 kohaselt käsitatakse avaliku võimu kandja poolt võlaõigussuhtest tuleneva kohustuse rikkumist kahju tekitamisena eraõiguslikus suhtes – raha maksmise kohustus tuleneb hankija ja peatöövõtja vahelisest võlaõigussuhtest. Teiselt poolt sätestab RVastS § 1 lg 1 järgi avaliku võimu volituste rakendamisel ja muude avalike ülesannete täitmisel rikutud õiguste kaitse ja taastamise ning tekitatud kahju hüvitamise alused ja korra – potentsiaalne kahju makse peatamisel tekitatakse avaliku võimu volituste rakendamisel.¹⁷⁷ Riigikohtu üldkogu on leidnud, et RVastS § 7 alusel saab kahju hüvitada juhul, kui kahju on tekitatud õigusvastase haldusakti või haldustoiminguga.¹⁷⁸ Muu hulgas on vahettegu oluline olukordades, kus probleemi lahenduseks on olemas nii era- kui ka avaliku õiguse normid ja lahendused on erinevad.¹⁷⁹ Kuigi RVastS § 7 lg 4 järgi, kui seadusega pole sätestatud teisiti ja see pole vastuolus avalikõiguslike suhete olemusega, kohaldatakse avaliku võimu teostamisel tekitatud kahju hüvitamisel ka eraõiguse kahju hüvitamise sätteid, võivad tulemused olla siiski erinevad. Erisusi võib näha eelkõige nõude eeldustes ning vastutuse aluses.

Riigivastutuse puhul käsitletakse seega viivist kui kahjuhüvitist. Eraõiguses vabaneb võlgnik vastutusest kohustuse rikkumise eest, kui rikkumine on vabandav.¹⁸⁰ Avalikus õiguses vabaneb avaliku võimu kandja vastutusest avalike ülesannete täitmisel tekitatud kahju eest, kui kahju tekitamist ei olnud võimalik vältida ka avalike ülesannete täitmisel vajalikkude hoolsust järgides.¹⁸¹ Mõiste „vajalik hoolsus avalike ülesannete täitmisel“ on kohtupraktikas ja

¹⁷⁶ RKHKo 27.11.2014 nr 3-3-1-66-14, p 19

¹⁷⁷ Vt alaptk 2.1.1

¹⁷⁸ RKÜKo 31.08.2011 nr 3-3-1-35-10, p 50

¹⁷⁹ H.Simm. Riigivastutuse kujunemine ja ametniku vastutus. Magistritöö, juhendaja prof. Indrek Koolmeister. Tartu Ülikool, 2004. Lk 35.

¹⁸⁰ VÕS § 103 lg-d 1 ja 2

¹⁸¹ RVastS § 13 lg 3

õiguskirjanduses¹⁸² jäänud kahjuks pea täiesti sisustamata. H. Simm on seda oma magistritöös proovinud teha, leides, et seda saab teha konkreetseid asjaolusid ja fakte uurides ning seejuures kui kaebusest ei nähtu, et oleks rikutud vajalikku hoolsust, käitunud õigusvastaselt või rikkudes kannatanu õigusi, tuleks asuda seisukohale, et sel juhul on vajalikku hoolsust järgitud.¹⁸³

Alternatiivselt võib viivisenõuet käsitleda ka eraõigusliku lepingust tuleneva nõudena, mida saab maakohtus VÕS § 113 lg 1 järgi nõuda juhul, kui rahalise kohustuse täitmisega on viivitatud (kohustust rikutud) ning võlgnik vastutab rikkumise eest. RHS § 122 lg 10 välistab kohustuse rikkumise põhjendatud avalduse alusel, seega on rikkumine välistatud juhul, kui makse peatamise aluseks olev haldusakt kehtib. Kehtiva haldusakti resolutiivosa on HMS § 60 lg 2 järgi kohustuslik igaühele. Järelikult on kehtiva haldusakti resolutiivosa üldjuhul siduv ka vaidlust lahendavale tsiviilkohtule, vaatamata selle võimalikule õigusvastasusele. Üldkohus on seega pädev tuvastama, kas haldusakt kehtib ja kas ta on õiguspärane, kui sellest sõltub mõne tsiviilasja lahendamine, kuid kehtivat haldusakti ei saa tsiviilkohtumenetluses kehtetuks tunnistada.¹⁸⁴ Seetõttu on haldusakti õigusjõu murdmine, st haldusakti hankija poolt kehtetuks tunnistamine või haldusakti tühistamine halduskohtus igal juhul vältimatuks eelduseks ka tsiviilõigusliku viivisenõude rahuldamisel.

Autor peab siinkohal oluliseks välja tuua Riigikohtu erikogu lahendi asjas 3-2-1-178-15.¹⁸⁵ Erikogu jäi otsuses eelnevas lõigus väljatoodud seisukoha juurde, et üldkohtul puudub pädevus haldusakti kehtetuks tunnistamiseks (tühistamiseks).¹⁸⁶ Otsusele esitas eriarvamuse riigikohtunik Priit Pikamäe, millega liitus ka riigikohtunik Villu Kõve.¹⁸⁷ Eriarvamuses leiti, et et teatud olukordades võiks üldkohus olla pädev lahendama küsimust haldusakti kehtivusest, et vältida kunstlikku ja tarbetut ühe ja sama vaidluse jaotamist halduskohtu ja üldkohtu vahel.¹⁸⁸ Autor leiab, et kui peatöövõtja esitaks hankija vastu lepingust tuleneva täitmisenõude üldkohtusse, võiks jaatada üldkohtu pädevust makse peatamise põhjendatuse hindamisel, s.t. haldusakti kehtivuse hindamisel, kuivõrd oma olemuselt ongi tegemist alltöövõtja ja peatöövõtja vahelisele eraõiguslikule vaidlusele hinnangu andmisega. Samas, kehtiv õigus ja

¹⁸² Vt nt E. Andresen. Riigivastutus. Õppematerjal kohtunikele. Riigikohus, 2009 – ptk 2.7 käsitleb vastutuse piiramise aluseid, kuid täielikult puudub RVastS § 13 lg 3 analüüs

¹⁸³ H.Simm. Riigivastutuse kujunemine ja ametniku vastutus. Magistritöö, juhendaja prof. Indrek Koolmeister. Tartu Ülikool, 2004. Lk 49-50

¹⁸⁴ RKTko 10.03.2003 nr 3-2-1-17-03, p 12

¹⁸⁵ RKEko 28.03.2016 nr 3-2-1-178-15

¹⁸⁶ Ibid, p-d 18 ja 18.1

¹⁸⁷ Riigikohtunike P. Pikamäe ning V.Kõve eriarvamus kohtuotsusele asjas nr 3-2-1-178-15

¹⁸⁸ Ibid, p-d 1, 3

dogmaatika sellist pädevust üldkohtule ei anna, mistõttu tuleks sellise võimaluse praktikas rakendamiseks luua asjakohane erinorm.

Problemaatiliseks võib osutuda RVastS § 11 lg 1 sõnastus, mille kohaselt võib õigusvastaste tagajärgede kõrvaldamist nõuda rahalise hüvitise asemel, justkui välistades nende üheaegse esitamise võimaluse. Andresen on leidnud, et kahju rahalise hüvitamise nõuet ja õigusvastaste tagajärgede kõrvaldamise nõuet tuleb käsitada üheainsa kahju hüvitamise nõudena.¹⁸⁹ Samas on halduskohtul otsuse resolutsioonis õigus mõista välja hüvitis avalik-õiguslikus suhtes tekitatud kahju eest¹⁹⁰ ning teha ettekirjutus haldusakti tagajärgede kõrvaldamise kohta.¹⁹¹ Heastamiskaebus on küll hüvitamiskaebuse funktsionaalne alternatiiv,¹⁹² kuid maksete peatamise regulatsiooni kontekstis on nad üksteist täiendavad õiguskaitsevahendid, mitte alternatiivsed. Seega ei näe autor põhjust nende üheaegset esitamist lubamatuks tunnistada, kuivõrd sel juhul poleks tagatud isiku õiguste täielik kaitse õigusvastase tegevuse eest.¹⁹³

Juhul, kui hankija makse peatamisest keeldub, annab hankija selle kohta haldusakti.¹⁹⁴ Alltöövõtja saab halduskohtus kaebusega taotleda keelduva haldusakti tühistamist¹⁹⁵ ning haldusakti andmiseks kohustamist.¹⁹⁶ Kohustamiskaebuse rahuldamisel on kohtul õigus kohustada vastustajat haldusakti andma (definitiivne) kui ka haldusakti andmist uuesti otsustama (indefinitiivne).¹⁹⁷ Kuivõrd aga RHS § 122 lg 9 on kaalutlusõiguseta norm, allub see mõningate mööndustega täielikule kohtulikule kontrollile¹⁹⁸ ning kohus saab hankijat eelduslikult definitiivselt kohustada haldusakti andma. Autor nendib, et juhul kui ka hankija on jätnud makse peatamata, on muude õiguslike tagajärgede, nt kahju hüvitamise kohustuse tekkimine, äärmiselt ebareaalne. Eelkõige on raske näha põhjuslikku seost makse peatamata jätmise ja alltöövõtjale kahju tekkimisega. Olukord oleks teine, kui regulatsioon võimaldaks hankijal ka otsemakseid teostada.

Halduskohtu ülesanne kaebuse saamisel on seega hinnata, kas hankijal oli õigus lugeda avaldus põhjendatuks, kuid avalduse põhjendatuse tunnustamine halduskohtu poolt ei ole samastatav

¹⁸⁹ E.Andresen. Õigusvastaste tagajärgede kõrvaldamine ja kahju hüvitamine riigivastutusõiguses. *Juridica* III/2006, lk 171

¹⁹⁰ HKMS § 5 lg 1 p 4

¹⁹¹ HKMS § 5 lg 1 p 5

¹⁹² K. Merusk ja I.Pilving. HKMS komm vlj. (2013), lk 59

¹⁹³ HKMS § 2 lg 1

¹⁹⁴ HMS § 43 lg 2

¹⁹⁵ HKMS § 37 lg 2 p 1

¹⁹⁶ HKMS § 37 lg 2 p 2

¹⁹⁷ K. Merusk ja I.Pilving. HKMS komm vlj. (2013), lk 54; HKMS § 41 lg 3

¹⁹⁸ Vt selle kohta ptk 2.2.

alltöövõtja nõude tunnustamisega. Haldusakti õiguspärasust hindab kohus haldusakti andmise aja seisuga.¹⁹⁹

Autor leiab, et makse peatamise otsusega kaasneb peatöövõtja jaoks otsene kahjulik tagajärg raha kinnihoidmise näol ning peatöövõtjal on kohtusse pöördumisega võimalik saada hüvitist (viivis). Olukorras, kus alltöövõtjale on jäetud alusetult maksmata, ei ole tal makse peatamise kohustamisega siiski võimalik saavutada kindlustunnet, et peatöövõtja selle talle ka tegelikult ära maksab. Kohtus käimine ning õiguse ja õigluse saavutamine ei ole aga ettevõtjate, eriti nõrgema poole nagu alltöövõtjate eesmärgiks. Järelikult võib edukas kohustamiskaebus alltöövõtja jaoks muutuda pigem vaid moraalseks võiduks, mistõttu otsustatakse minna eraõigusliku täitmisenõudega otse peatöövõtja vastu maakohtusse. Seetõttu ei pruugi praktikas ilmselt alltöövõtjate kohtusse pöördumine väga sagedaseks saada, küll võivad seda võimalust kasutama hakata peatöövõtjad. Seepärast võib ka eeldada, et kahtluse korral milline otsustus teha, kalduvad hankijad pigem makse peatamisest keeldumise poole, kuivõrd selle tagajärjed on hankija jaoks potentsiaalselt vähemkahjulikud.

2.2. Makse peatamise lubatavus – põhjendatud avaldus

Rahandusministeeriumi tellitud analüüsis on leitud, et RHS § 122 lg 9 on kaalutlusõigusega norm.²⁰⁰ Autor selle seisukohaga täielikult ei nõustu. Kaalutlusõigus on HMS § 4 lg 1 kohaselt haldusorganile seadusega antud volitus kaaluda otsustuse tegemist või valida erinevate otsustuste vahel. RHS § 122 lg 9 sisaldab määratlemata õigusmõistet „põhjendatud avaldus“. „Määratlemata õigusmõiste on õigustehniline vahend, mille puhul seadusandja loobub detailsete ettekirjutuste andmises seadustes eneses, delegeerides normi täpsustamise seaduse rakendajale. Kuna määratlemata õigusmõiste on seadusandja poolt loodud, tuleb seda sisustada seadusandja juhiste ja eesmärkide abil.“²⁰¹ RHS § 122 lg 9 kasutab väljendit „jätab“, mis ei anna hankijale võimalust erinevateks otsustusteks või kaaluda otsustuse üle olukorras, kus on laekunud põhjendatud avaldus.²⁰² Terminil on kogu maksete peatamise regulatsioonil keskne roll, kuivõrd sellest sõltub, kas hankijal on kohustus makse peatada või mitte. Lisaks on hankijapoolne hankelepingu rikkumine RHS § 122 lg 10 kohaselt välistatud samuti vaid põhjendatud avalduse alusel. Õiguskirjanduses on leitud, et määratlemata õigusmõisted alluvad täies mahus kohtulikule kontrollile, kuna vaid üks tõlgendus saab olla õige, erinevalt

¹⁹⁹ HKMS § 158 lg 2

²⁰⁰ Deloitte Legal (2017), lk 22

²⁰¹ RKPJKo 13.07.2005 nr 3-4-1-5-05, p 16

²⁰² Vrdl nt RKHKo 14.04.2011 nr 3-3-1-87-10, p 15

kaalutlusõigusest.²⁰³ Riigikohus on seisukohal, et asjaoludest tulenevalt võib ka siiski määratlemata õigusmõiste sisustamise kohtulik kontroll olla piiratud.²⁰⁴

Riigihangete seaduse eelnõu mõiste sisustamise osas sisuliselt vaikib, kasutades vaid väljendeid „põhistatud avaldus“ ning „kui hankija peab alltöövõtja argumente asjakohasteks ja põhjendatuteks“,²⁰⁵ mis aga mõiste sisustamisel mingisugustki abi ei paku. Arvestades, et sätted jõustuvad 01.01.2019, ei saa käesoleva töö kirjutamise ajaks olla tekkinud ka asjakohast kohtupraktikat. Samas ei saa sätete rakendamine olla igakordselt hankija suvaotsuseks, mistõttu proovib autor leida miinimumi, milline asjaolude kogum peab olema hankijale esitatud, et see lugeda õiguspäraselt põhjendatuks.

RHS § 122 lg-t 9 tõlgendades peab avaldusest tulenema, et alltöövõtjal on peatöövõtjaga lepinguline suhe ning ta teostab peatöövõtjale töid peatöövõtja täidetavas ehitustööde hankelepingus või ehitustööde kontsessioonilepingus; alltöövõtjal on peatöövõtja vastu sissenõutavaks muutunud rahalise kohustuse nõue; peatöövõtja on oma kohustuse täitnud mittenõuetekohaselt või jätnud kohustuse täitmata ning tal puudus selleks alus. Sisuliselt vastab see sellele, mida nõuab RHS § 122 lg 8 alltöövõtjalt teabenõuet esitades: tõendid allhankelepingu olemasolu, nõude suuruse ning selle sissenõutavuse kohta.

Autor on eelnevalt järeldanud, et maksete peatamise puhul on tegemist haldusmenetlusega, mis kohustab hankijaid järgima uurimispõhimõtet,²⁰⁶ selgitamiskohustust²⁰⁷ ning ärakuulamisõigust.²⁰⁸ Samas on alltöövõtja ja peatöövõtja vahel puhtalt eraõiguslik lepinguline suhe. Uurimispõhimõtte kohaldamisel tuleb haldusorganil lähtuda neist õigusnormidest, mis vastavat valdkonda reguleerivad, st tsiviilõiguslike asjaolude tuvastamisel on haldusorganil õigus ja kohustus lähtuda asjakohastest tsiviilõigusnormidest.²⁰⁹ Siinkohal võetakse eelduseks, et alltöövõtja ja peatöövõtja vahel on VÕS 635 § lg 1 kohane töövõtuleping. Hankijal tuleb seega selgitada, kas alltöövõtja tasunõue on VÕS § 82 lg 7 mõttes sissenõutavaks ja seejärel

²⁰³ K.Pikamäe. Kaalutlusõigus ja selle kohtulik kontroll. Magistritöö, juh M.Ernits. Tartu Ülikool, 2003, lk 18-19

²⁰⁴ RKHKo 14.04.2011 nr 3-3-1-87-10, p 17

²⁰⁵ Riigihangete seaduse eelnõu 450 SE seletuskiri, lk 107;

²⁰⁶ HMS § 6 järgi on haldusorgan kohustatud välja selgitama menetletavas asjas olulise tähendusega asjaolud ja vajaduse korral koguma selleks tõendeid omal algatusel

²⁰⁷ Haldusorganil on menetlusosalistele nende soovil kohustus selgitada HMS § 36 lg 1 p-des 1-4 toodud asjaolusid, mh seda, millised tõendid ja muud dokumendid tuleb haldusmenetluses esitada

²⁰⁸ HMS § 40 lg 1 kohaselt peab haldusorgan enne haldusakti andmist andma menetlusosalisele võimalus esitada kirjalikus, suulises või muus sobivas vormis asja kohta oma arvamus ja vastuväited

²⁰⁹ RKHKo 27.11.2006 nr 3-3-1-59-06, p 11

hinnata, kas peatöövõtja on esitanud sellele nõudele vastuväiteid, mis välistaks nõude makspaneku kestvalt või vähemalt annaks õiguse selle rahuldamisest ajutiselt keelduda.²¹⁰

Vältimatu dokumendina tuleb seega hankijale esitada mõlemapoolselt allkirjastatud töövõtuleping. Lepingust nähtuvad poolte põhikohustused,²¹¹ töö valmimise ning tasustamise tähtajad, võimalikud leppetrahvid.

Rahalise kohustuse nõude sissenõutavust ei saa hinnata pelgalt lepingu põhjal. VÕS § 637 lg 1 järgi muutub töövõtja tasunõue sissenõutavaks töö valmimisel, kuid praktikas on see pigem erand.²¹² Ehitustööde töövõtulepingutes muutub enamasti tasu sissenõutavaks juhul, kui töö vastab lepingutingimustele, tellijal on olnud võimalus töö üle vaadata ning tellija on töö vastu võtnud.²¹³ Alltöövõtja positsiooni saab pidada tugevaks, kui tal on hankijale esitada nõ „puhas vastuvõtuakt“, mis on allkirjastatud ka tellija poolt. Töö vastuvõtmine aga iseenesest ei tähenda automaatselt, et töö vastaski lepingutingimustele ning peatöövõtjal puuduvad vastuväited, kuid see jaotab ümber tõendamiskoormise.²¹⁴ Kui ka hankija on peatöövõtjalt vastava töö pretensioonideta vastu võtnud, on peatöövõtjal väga raske näidata, et alltöövõtjal puudub õigus lepingus ning vastuvõtuaktis märgitud tasu saamiseks.

Asjaolu, et peatöövõtja pole alltöövõtjale tasunud või on tasunud vähem kui pidi, on alltöövõtjal endal raske, kui mitte võimatu tõendada. Teoreetiliselt on alltöövõtjal võimalik esitada konto väljavõtte teatud ajaperioodist, kuid see jääb siiski ümber lükatavaks väiteks, mille kohta peatöövõtja võib esitada hankijale maksekinnituse, sularaha vastuvõtuakti vms.

Põhjendama ja põhistama on sünonüümid.²¹⁵ Hankija on HMS § 56 lg-te 1 ja 2 järgi kohustatud makse peatamist kirjalikult põhjendama, esitades nii haldusakti faktilise kui õigusliku aluse. Hankija huvi on suunatud sellele, et tema otsused jääksid püsima ka kohtuliku kontrolli käigus. Seetõttu on võimalusel mõistlik lähtuda analoogiast halduskohtumenetluse normidega. Avaldus tuleks lugeda põhistatuks/põhjendatuks juhul, kui avalduses esitatud väited on selgitatud selliselt, et hankija hinnangul on avaldus usutav.²¹⁶ Avaldust ei tohiks seega lugeda põhjendatuks/põhistatuks ilma alltöövõtja selgitusteta, kohustus lisada avaldusele omapoolsed

²¹⁰ Töövõtulepingust tuleneva tasunõude rahuldamise eeldus, vt RKTko 03.06.2016 nr 3-2-1-18-16, p 14

²¹¹ VÕS § 635 lg 1 järgi millise töö peab alltöövõtja tegema ning kui palju peatöövõtja talle selle eest tasuma

²¹² Kalamees, P., Käerdi, M., Kärson, S., Sein, K. (koost). Lepinguõigus. Tallinn: Juura 2017. Lk 362

²¹³ Ibid, lk 362-365; VÕS 637 lg 4-5; praktikas tavaline tööde vastuvõtmise akteerimine

²¹⁴ RKTko 28.10.2008 nr 3-2-1-80-08, p 21

²¹⁵ A.Õim. Sünonüümisõnastik. Teine, ümbertöötatud ja täiendatud trükk.

²¹⁶ HKMS § 63

põhistused tuleneb RHS § 122 lg 9 sõnastusest. Samas ei nõua autori hinnangul maksete peatamise regulatsioon seda, et alltöövõtja peaks oma avalduse ka õiguslikult põhistama, kuivõrd haldusorgan ei ole avalduse lahendamisel seotud alltöövõtja õiguslike seisukohtadega, vaid avalduse eesmärgiga.²¹⁷ Kui hankija jaoks ei ole avaldus usutav, tuleb alltöövõtjale selgitada avalduse puudujääke ning anda võimalus selle täiendamiseks.²¹⁸

Seega, alltöövõtja peaks hankijale minimaalselt esitama lepingu, töö vastuvõtuakti ning selgitavad põhjendused. Juhul, kui hankija leiab, et olulised alltöövõtja väiteid kinnitavad dokumendid on siiski puudu, on tal HMS § 38 lg 1 alusel õigus nõuda tõendite ja andmete esitamist, mille alusel teha kindlaks asja lahendamiseks olulised asjaolud.

Lugedes RHS § 122 lõiget 9, on seadusandja loogika olnud selline, et alltöövõtja esitab avalduse ning kui hankija loeb selle põhjendatuks, teeb ta otsuse makse peatamise kohta ja alles seejärel küsib sisendit peatöövõtjalt. On kummaline, et RHS § 122 lg 8 kohase alltöövõtja poolse teabenõude esitamisel on hankijal seadusest tulenev *expressis verbis* kohustus viivitamata peatöövõtjat teavitada, kuigi teabenõuest ei tulene peatöövõtjale õiguslikke tagajärgi, samuti ei ole selle esitamine vältimatuks eelduseks makse peatamise taotlemiseks. Autor on seisukohal, et kuigi RHS § 122 lg 9 sõnaselgelt ei kohusta hankijat peatöövõtja teavitamiseks, ei saa siiski õiguspäraselt makset peatada ilma peatöövõtja poolse sisendita. Esiteks on hankijal kohustus peatöövõtjat teavitada alltöövõtja taotluse esitamisest.²¹⁹ Teiseks on hankijal kohustus enne haldusakti andmist (makse peatamist) anda menetlusosalisele võimalus esitada oma vastuväited.²²⁰ Kolmandaks on hankijal endal kohustus asja aktiivselt uurida ning täiendavaid tõendeid koguda.²²¹ Neljandaks on hankija vastav kohustus tuletatav ka VÕS § 6 lg-s 1 sätestatud hea usu põhimõttest, mis takistab lepingupooltel seadusest tulenevaid õigusi kuritarvitada.²²² Järelikult peab hankijal olema mõlema poole seisukohad ning esitatud tõendid ning seejärel saab ta teha otsuse, kas alltöövõtja avaldus on põhjendatud või mitte.

Millised on aga tagajärjed, kui hankija jätab makse sooritamata pelgalt alltöövõtja avalduse põhjal, mis oma olemuselt on haldusmenetluse nõuete rikkumine? Haldusakt on õiguspärane, kui ta on antud pädeva haldusorgani poolt andmise hetkel kehtiva õiguse alusel ja sellega

²¹⁷ RKHKo 04.03.2015 nr 3-3-1-74-14, p 13

²¹⁸ HMS § 36, 40

²¹⁹ HMS § 35 lg 2

²²⁰ HMS § 40 lg 1

²²¹ HMS § 6; A.Aedmaa. Haldusmenetluse käsiraamat. (2004), lk 181

²²² RKTko 07.11.2007 nr 3-2-1-102-07, p 16

kooskõlas, proportsionaalne, kaalutlusvigadeta ning vastab vorminõuetele.²²³ Juhul, kui makse peatamise otsus on peatöövõtjale kätte toimetatud, on tegemist õiguslikke tagajärgi loova kehtiva haldusaktiga, mis kehtib kuni kehtetuks tunnistamiseni, kehtivusaja lõppemiseni, haldusaktiga antud õiguse lõpliku realiseerimiseni, kohustuse täitmiseni või kohtu poolt tühistamiseni.²²⁴ Haldusakti tühisuse võimalikkust autor siinkohal ei näe, arvestades HMS § 63 lg-s 2 toodud ammendavat loetelu. Haldusakti kehtetuks tunnistamist ei saa nõuda üksnes põhjusel, et haldusakti andmisel rikuti menetlusnõudeid, kui eelnimetatud rikkumised ei võinud mõjutada asja otsustamist.²²⁵ Järelikult saab peatöövõtja, kes jäeti ära kuulamata, nõuda haldusakti kehtetuks tunnistamist juhul, kui tema kaasamata jätmine tõi kaasa makse alusetu peatamise. Siinkohal tuleb aga peatöövõtjal arvestada, et kui hankija pole enne makse peatamist peatöövõtja sisendit küsinud ning peatöövõtja näitab alltöövõtja nõude alusetust, võib tegemist olla haldusaktist tuleneva kohustuse täitmisega, millega peatöövõtja kaudselt jaataks haldusakti õiguspärasust. Seega tuleks peatöövõtjal sellises olukorras esitada nii tõendid otsuse alusetuse kohta kui ka selge haldusakti tagasiulatuvalt kehtetuks tunnistamise avaldus, et säilitada õigus nõuda viivist.

RHS § 122 lg 9 kohaselt jätab hankija alltöövõtja põhjendatud avalduse alusel peatöövõtja nõude täitmata „vastavas osas“, milles peatöövõtja on alusetult jätnud alltöövõtja tasustamata. Praktikas võib ette tulla olukordi, kus peatöövõtja esitab tõendid alltöövõtja nõude alusetuse kohta, kuid tõendite kohaselt jõuab hankija järeldusele, et alltöövõtja nõue on osaliselt alusetu ja osaliselt põhjendatud. Samas puudub regulatsioon selle kohta, kas hankija võib rahuldada alltöövõtja taotluse ka osaliselt.

Loamenetluse kontekstis on Riigikohtu halduskolleegium olnud seisukohal, et õigusaktid iseenesest ei välista loataotluse osalist rahuldamist. Kolleegium leidis täiendavalt, et taotluse osaline rahuldamine saab olla õigusvastane vaid juhul, kui taotleja eelistab loa andmata jätmist selle osalisele rahuldamisele.²²⁶

RHS regulatsioon ei välista alltöövõtja avalduse osalist rahuldamist. Alltöövõtja huvi on suunatud sellele, et taotlus rahuldataks maksimaalses ulatuses. Samas, autori hinnangul puuduvad põhjused arvata, et alltöövõtja eelistaks taotluse täielikult rahuldamata jätmist osalisele rahuldamisele. Loomulikult, kui hankija otsustab rahuldada taotluse vaid osaliselt,

²²³ HMS § 54

²²⁴ HMS § 60 lg 1, § 61 lg-d 1 ja 2; HKMS § 37 lg 2 p 1

²²⁵ HMS § 58

²²⁶ RKHKo 04.03.2015 nr 3-3-1-74-14, p 14

tuleb alltöövõtjale enne osalist rahuldamist ära kuulata, kuivõrd hankija teeb sellega otsuse osaliselt alltöövõtja kahjuks (HMS § 40 lg 3 p 3).

Autor formuleerib eelnevast tulenevalt kokkuvõtvalt põhjendatud avalduse definitsiooni RHS § 122 lg 9 mõistes, s.t. millal hankija on õiguspäraselt kohustatud makse peatama: „Avalduse saab lugeda RHS § 122 lg 9 mõttes põhjendatuks, kui hankijal on pärast mõlema poole ära kuulamist ning esitatud tõendite igakülgset uurimist jätkuvalt põhjust arvata, et alltöövõtjale on jäetud alusetult maksmata, s.t. peatöövõtja ei ole ammendavalt ümber lükanud kõiki alltöövõtja poolt esitatud makse teostamise kohustust kinnitavaid väiteid.“

3. Maksete peatamise regulatsiooni kooskõla kõrgemalseisvate õigusaktidega

3.1. Regulatsiooni kooskõla Euroopa Liidu õigusega

Hankedirektiivide vastuvõtmisel on võetud arvesse Euroopa Liidu Toimimise Lepingu (ELTL)²²⁷ artikli 53 lõiget 1, artiklit 62 ja artiklit 114. Artikli 114 kohaselt võtavad Euroopa Parlament ja nõukogu liikmesriikides nii õigus- kui ka haldusnormide ühtlustamiseks meetmed, mille eesmärk on siseturu rajamine ja selle toimimine. Artikkel 114 ei täpsusta harmoniseerimise tüüpi, kuid eelduslikult, kui pole muud moodi sätestatud, on parim viis ühtse siseturu saavutamiseks täielik harmoniseerimine, mis näeb ette ulatusliku siseriiklike normide asendamise.²²⁸ Täielik harmoniseerimine ei tähenda, et siseriiklik varieerimine pole üldse lubatud, kuid ruum selleks on rangelt piiritletud.²²⁹ ELTL artikli 288 kohaselt on direktiiv saavutatava tulemuse seisukohalt siduv iga liikmesriigi suhtes, kellele see on adresseeritud, kuid jätab vormi ja meetodite valiku selle riigi ametiasutustele. Liikmesriik, kellele direktiiv on adresseeritud, on kohustatud võtma oma siseriikliku õiguskorra raames kõik vajalikud meetmed, et tagada vastavalt direktiivi eesmärgile direktiivi täielik õigusmõju.²³⁰ Liikmesriigi peamine kohustus on seega direktiivis sätestatud EL õigus õigesti siseriiklikusse õigusesse üle võtta, kuid see ei pruugi olla alati lihtne ülesanne.²³¹

Hankedirektiividega kehtestatakse reeglid selliste hankelepingute sõlmimiseks ja kontsessioonide andmiseks, mille maksumused ületavad direktiivides sätestatud piirmäärasid (rahvusvaheline piirmäär).²³² Maksete peatamist reguleerivad RHS § 122 lg-d 9 ja 10 on kohustuslikus korras kohaldatavad ehitustööde hanke- ja kontsessioonilepingute puhul, mis jäävad direktiivide kohaldamisalasse kui ka kohaldamisalast väljapoole.

Hankedirektiivid ei loo ammendavat õigust, mistõttu on liikmesriikidel õigus luua või säilitada oma riigihankeõigust, kuid seda tehes tuleb arvestada siseturuvabadusi ja riigihankepõhimõtteid.²³³ Samas, kui algselt olid hankedirektiivid olemuslikult negatiivsele

²²⁷ Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. ELT C 83, 30.3.2010, lk 1-388

²²⁸ A. Arnall, D. Chalmers (koost). The Oxford Handbook of European Union Law. Oxford University Press, 2015, p 603

²²⁹ Ibid

²³⁰ EKo 30.11.2006, C-32/05, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs. Luksemburgi Suurhertsogiriik*, p 32

²³¹ Näiteks siseturu teenuste direktiivi 2006/123/EÜ siseriiklikusse õigusesse korrektseks ülevõtmiseks andis Euroopa Komisjon välja eraldi suunised „Teenuste direktiivi rakendamise käsiraamat“ näol

²³² Klassikalise direktiivi art 1 lg 1; võrgustikudirektiivi art 1 lg 1; kontsessioonidirektiivi art 1 lg 1

²³³ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse Asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja PhD Aare Reinumägi. Tartu Ülikool, 2006, lk 27

harmoniseerimisele suunatud, st võrdse kohtlemise põhimõtet toetas läbipaistvuse tagamiseks teisene õigus (direktiivid), siis nüüd on süsteem liikunud positiivse regulatsiooni suunas, piirates siseriiklikku otsustusõigust.²³⁴

Euroopa Liidu eesmärk on kodifitseerida rahvuste ülesed administratiivsed reeglid, eesmärgiga harmoniseerida siseriiklikud õiguslikud režiimid, tagades seeläbi lisaks õiguskindlusele ja õiguspärasele ootusele ka õigusliku efektiivsuse ja režiimi järgimise.²³⁵ Kui riigihange ei kuulu direktiivi kohaldamisalasse, sest selle maksumus jääb alla direktiivis ette nähtud asjakohast piirmäära, kohaldatakse selle riigihanke suhtes ELTL aluseeskirju ja üldpõhimõtteid, kui riigihankel on selge piiriülene huvi, arvestades eelkõige selle tähtsust ja täitmise kohta.²³⁶ On tabavalt öeldud, et EL seadusandlus valab pöranda ja ELTL on laeks ning liikmesriigid on nendes piirides vabad opereerima.²³⁷ Samas tuleks rõhutada, et ELTL printsiipidel on otsene mõju – nad on liikmesriikidele siduvad ning kohalduvad printsiibis kõikide lepingute puhul, mis on avalike institutsioonide poolt sõlmitud.²³⁸ Juhul, kui siseriiklik õigusakt järgib liidu asjaomase akti kohaldamisalast väljapoole jäävate olukordade reguleerimisel liidu õiguses sätestatud, tuleb lahknevate tõlgenduste vältimiseks tõlgendada selle akti sätteid ühetaoliselt.²³⁹

Seega tuleb analüüsida, kas siseriiklik õigus RHS § 122 lg-te 9 ja 10 näol vastab riigihangete üldpõhimõtetele, liikmesriikidele direktiividega antud kaalutusõigusele ning on kooskõlas hankedirektiivides seatud eesmärkidega. Hankedirektiivide peamiseks eesmärgiks on riigihangete üldpõhimõtete järgimine. Konkreetselt otsemaksete teostamise eesmärgiks on kaitsta alltöövõtjate õigust saada töö eest õigeaegselt tasu ning soodustada VKE-de riigihanketurul osalemist.²⁴⁰ Arvestades probleemi olemust, ei ohusta autori hinnangul Eestis kehtestatud maksete peatamise regulatsioon asutamisvabaduse, teenuste osutamise vabaduse, mittediskrimineerimise ning vastastikuse tunnustamise põhimõtteid, mistõttu jäetakse need analüüsist välja. Arvestada tuleb, et RHS sätestab samad reeglid nii hankedirektiivide kohaldamisalasse kui ka sealt välja jäävate hankelepingle puhul. Seadusandja eesmärgiks ei ole aga olnud kahe erineva riigihangete režiimi loomine, mistõttu analüüsitakse riigihangete

²³⁴ Arrowsmith, Kunzlik (2009), p 90

²³⁵ C.Bovis. The Law of EU Public Procurement. Second edition. USA. Oxford University Press, 2015, p 64

²³⁶ EKo 18.12.2014 C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító Zrt vs Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, p 27 ja seal viidatud kohtupraktika

²³⁷ P. Craig, G. de Burca. EU Law: Text, Cases and Materials. Sixth Edition. Oxford University Press, 2015., p 626

²³⁸ S.Arrowsmith jt. EU Public Procurement Law: An Introduction. EU Asia Inter-University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, 2010. Lk 66

²³⁹ EKo 18.10.2012 C-583/10 *United States of America vs. Christine Nolan*, p 46 ja seal viidatud kohtupraktika

²⁴⁰ Vt ptk 1.1

seaduses sätestatud direktiivide kohaldamisalasse jäävate hanke- ja kontsessioonilepingute näitel.

Autor on seisukohal, et siseriiklik regulatsioon hõlbib hankedirektiivides sätestatust järgnevalt:

- 1) Maksete peatamine ei taga klassikalises ja võrgustikudirektiivis ette nähtud õigussõjaku ja eesmärgi, milleks on alltöövõtjate õigeaegse ja ausa tasustamise kaitse (proportsionaalsuse põhimõtte rikkumine);
- 2) Klassikalise- ja võrgustikudirektiivi kohaselt võib liikmesriik ette näha otsemaksed alltöövõtja taotlusel või minna otsemaksed tegemisel kaugemale. Maksete peatamise näol ei ole tegemist direktiivides sätestatust kaugemale minemisega, vaid teises suunas minemisega (kaalutusõiguse vale teostamine);
- 3) RHS, erinevalt direktiivist, ei kohusta maksete teostamise mehhanismi alusdokumentides kajastama (lõbipaistvuse põhimõtte rikkumine).

3.1.1. Vastavus proportsionaalsuse põhimõttele

Proportsionaalsuse põhimõtet saab kasutada kaitseks liikmesriigi tegevuse vastu, kui see tegevus on hõlmatud EL õigusega.²⁴¹ Liikmesriikide vastu esitatud kaebuste puhul funktsioneerib proportsionaalsuse põhimõtte ka ühisturu integreerimise vahendina, mistõttu on nähtud, et liikmesriikide kasutatud meetmete kontroll on mõnevõrra intensiivsem, kui Liidu instutsioonide poolt kasutatavate meetmete puhul.²⁴² Euroopa Kohtu praktika proportsionaalsuse põhimõtte²⁴³ sisustamisel on paindlik ning mõnikord ebamäärane ning suuresti konkreetsetest asjaoludest sõltuv.²⁴⁴ Proportsionaalsuse põhimõtte kohaselt peavad direktiivi üle võtvate siseriiklike õigusnormidega rakendatud vahendid olema nende õigusnormide eesmärgi saavutamiseks sobivad ega tohi minna kaugemale sellest, mis on eesmärgi saavutamiseks vajalik.²⁴⁵ Sobivus tähendab, et vahend sobib eesmärgi saavutamiseks – vahendi ja eesmärgi vahel peab olema mõistlik seos. Vajalikkus tähendab, et vahend on eesmärgi saavutamiseks vajalik – vahend on vajalik siis, kui ta on võimalikult vähe koormav, ehk eesmärgi ei saa saavutada mõne muu vahendiga, mis on vähem koormavam. Vajalikkuse osa moodustab samuti see, et vahendil ei tohiks olla üleliigset mõju kaubandusele, arvestades

²⁴¹ Craig, de Burca (2015), p 551

²⁴² M. Triipan. Proportsionaalsuse põhimõtte põhiõiguste kaitsel. Magistr töö. Juhendaja prof. K. Merusk. Tartu Ülikool, 2005 lk 34; Craig, de Burca (2015), p 557

²⁴³ Vrdl proportsionaalsuse põhimõtte Eesti Vabariigi põhiseaduses, ptk 3.2

²⁴⁴ M. Triipan. Proportsionaalsuse põhimõtte Euroopa Liidu õiguses. Juridica III/2006, lk 158

²⁴⁵ EKo 26.04.2012 C-508/10 *Euroopa Komisjon vs Madalmaade Kuningriik*, p 75

saavutatavate eesmärkide tähtsust.²⁴⁶ Tavaliselt on proportsionaalsuse testi juurde kuuluv ka kolmas element – kas vahend, mis eesmärgi saavutamiseks valiti on üleliigselt piirav, arvestades eesmärgi saavutamise tähtsust (proportsionaalsus *stricto sensu*, kitsamas tähenduses). Samas ei pruugi Euroopa Kohus kolmandat elementi igakordselt rakendada, vaid reaalsuses pigem siis, kui pool sellele ise viitab,²⁴⁷ mis kinnitab ka eelpool öeldut, et praktika on proportsionaalsuse põhimõtte sisustamisel paindlik ning asjaoludest sõltuv.

Kaks kordumakippuvat probleemi riigihangetes on pikad maksetähtajad (seatud lepingus) ning viivitused maksetes (lepinguliste kohustuste rikkumine), mis võivad olla tõsiste tagajärgedega just VKE-dele, arvestades nende madalamat likviidsustaset ning piiratud rahalisi võimalusi.²⁴⁸ Pikad makseperioodid (sh maksetega viivitamised) kahjustavad rahavoogu, tekitavad suurt ebakindlust, takistavad õigeaegseid investeeringuid ja ettevõtte arengut, mõjutades seega kasumlikkust ja konkurentsivõimet ning halvemal juhul on ohuks VKE kestmajäämisele.²⁴⁹ Maksete hilinemine on eriti tundlik teema alltöövõtjatele, kuivõrd nad võivad teha kõik vastavalt lepingus toodud tingimustele, kuid peatöövõtja tegevuse/tegevusetuse tõttu siiski saada tasu kätte hiljem.²⁵⁰

Erinevalt alltöövõtjatest, kes on lepingulises suhtes eraisikutest peatöövõtjaga, on peatöövõtja rahaline risk hankijaga lepingulises suhtes väiksem kui eraõigusliku tellijaga. See on põhjendatav sellega, et hankijad on kas avaliku sektori asutused või ainuõigust omavad ettevõtjad, kellel rahaliste raskuste tekkimine on ebatõenäoline. Samuti on nõuetekohaselt tehtud tööde eest tasumata jätmine hankijate puhul eluliselt ebausutav.

Eeltoodud risk ei ole maandatud aga kontsessioonilepingutes. Kontsessioonilepinguid tuleb tuleb tõlgendada Euroopa Liidu õigust silmas pidades.²⁵¹ Ehitustööde kontsessioonilepingu näol on tegemist ehitustööde hankilepinguga, kus peatöövõtja tasu seisneb kas ainult õiguses ehitist ekspluateerida või selles õiguses koos rahalise maksega. Seejuures läheb nõudluse või pakkumisega seotud äririsk üle kontsessioonäärile.²⁵² Õiguse kasutamisega peab kaasnema suures ulatuses selle õiguse kasutamisega seotud risk,²⁵³ mis peab täielikult või vähemalt suures

²⁴⁶ S.Arrowsmith jt (2010), p 38

²⁴⁷ Craig, De Burca (2015), p 551

²⁴⁸ C.Bovis (koost). Research Handbook on EU Public Procurement Law. Research Handbooks in European Law. Edward Elgar Publishing Limited, 2016, p 289

²⁴⁹ Ibid

²⁵⁰ Ibid, lk 291

²⁵¹ EKo 10.11.2011 C-348/10 *Norma-A ja Dekom*, p 40

²⁵² Kontsessioonidirektiiv art 5 p 1 a; RHS § 131 lg 3

²⁵³ EKo 11.06.2009 C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns*, p 71

osas üle minema kontsessioonäärile, isegi kui see on algusest peale piiratud selle laadi tõttu.²⁵⁴ Üldjuhul puudub kontsessioonääri vahetu tasustamine,²⁵⁵ s.t. tasu on teatud tingimustel lubatud maksta, kuid see peaks olema erandlik. Seega tuleks ehitustööde kontsessioonilepingu olemusest tulenevalt eitada võimalust, et hankija tasustab kontsessioonääri VÕS § 635 lg 1 kohaselt töö valmimisel rahaliselt. Autor hinnangul peitub selles ka põhjus, miks kontsessioonidirektiiv otsetasustamist ette ei näe – lepingud on olemuslikult erinevad ning riigihankeõiguse eesmärgiks ei ole kontsessioonilepingust tulenevat riski veelgi süvendada.

Nagu autor eelnevalt on viidanud, ei ole hankedirektiivide eesmärgiks kaitsta alltöövõtja tasu saamist n-ö üldiselt, vaid direktiivi eesmärgiks on kaitsta tasu saamist ilma igasuguse viivitusega, kuivõrd sellest sõltub alltöövõtjate võime maksta töötajatele, panustada arendusse jne. Teiselt poolt peab maksete teostamise regulatsioon olema selline, et see soodustaks alltöövõtjate osalemist riigihanketurul.

Euroopa Liidu õiguses, nagu Eesti siseriiklikus õiguses,²⁵⁶ ei ole sobivuse test väga range, mistõttu peavad valitud vahendi osas olema kaalukad argumendid, et see eesmärgi saavutamiseks täiesti ebasobivaks kuulutada. Euroopa Kohus on paljudes kaasustes kasutanud „ilmselge sobimatuse“²⁵⁷ testi („*manifestly inappropriate*“) – abinõu ei ole sobiv, kui see kujutab endast ilmselgelt sobimatut viisi valitud eesmärgi saavutamiseks.²⁵⁸

Siinkohal tuleb arvestada, et riigihangete seadus lubab hankijal hoida peatöövõtjale makset kinni nii kaua, kuni peatöövõtja esitab tõendid, et on alltöövõtjale tasunud või et alltöövõtja nõue on alusetu, aga ei kohusta ega võimalda hankijal maksta otse alltöövõtjale.²⁵⁹ Kuivõrd üheks peatöövõtja võimaluseks, kuidas hankija käest raha saada, on näidata, et ta on alltöövõtjale tasunud, tuleb abinõu ja eesmärgi vahelist seost siinkohal jaatada. Arvestamata ei saa loomulikult jätta, et RHS võimaldab makset peatöövõtja eest kinni hoida sisuliselt piiramatult aja ning seega ei pruugi see omakorda sundida peatöövõtjat tasuma alltöövõtjale, mis on taotletud eesmärgiga vastuolus. „Ilmselge sobimatuse“ testi valguses tuleb maksete peatamist pidada aga pigem sobivaks meetmeks.

²⁵⁴ EKo 10.11.2009 C-206/08 *Eurawasser*, p 80

²⁵⁵ C.Ginter, N.Parrest, M.A. Simovart. Kontsessiooni vastuoluline regulatsioon Eesti õiguses. *Juridica* IV/2012, lk 285

²⁵⁶ Vt ptk 3.2

²⁵⁷ Eestis kasutatud ka väljendit „selgelt ebasobiv“ – vt M.Triipan 2005, magistritöö, lk 34

²⁵⁸ T-I. Harbo. *The Function of Proportionality Analysis in European Law*. BRILL, 2015. Lk 23-24

²⁵⁹ RHS § 122 lg 9; Riigihangete seaduse eelnõu 450 SE seletuskiri, lk 107

Vajalikkuse testi on Euroopa Kohtu poolt hinnatud vahel selliselt, et kui on valida mitme sobiva abinõu vahel, peab valik langema sellele, mis kõige vähem piirab ühte neljast õigusest.²⁶⁰ Nende nelja õiguse all on silmas peetud ELTL-s sätestatud kaupade, teenuste, isikute ja kapitali vaba liikumist. Samas on vajalikkuse testi kasutatud ka ilma eelnevalt nimetatud nelja õigusega, nentides, et kui on valida mitme sobiva abinõu vahel, tuleb valida neist kõige vähem koormavam.²⁶¹

Autor leiab ehitustööde hankelepingute osas, et maksete peatamine ei ole eesmärgi saavutamiseks vajalik abinõu, sest leidub vähem koormavam abinõu otsemaksete teostamise näol. Maksete peatamine koormab alltöövõtjaid, kes peavad hakkama täiendavalt põhjendama, miks nad leiavad, et peatöövõtja on neile alusetult maksmata jätnud. Maksete peatamine koormab ka peatöövõtjaid, kellel on lepingu järgi õigus tasule ning kes makse saamiseks peavad näitama alltöövõtja avalduse alusetust või teostama makse alltöövõtjale (mis võib olla alusetu). Kogu protsessi tulemuseks võib olla olukord, kus hankija on sunnitud raha hoiustama enda käes ning mitte tasustama peatöövõtjat, samas puudub hankijal ka õigus tasustada alltöövõtjat. Taoline patiseis, kus tööd on valmis, kuid kellelgi justkui tasule õigus pole, ei ole direktiivide eesmärgiga kooskõlas. Järelikult on siseriiklik vahend läinud kaugemale sellest, mis on eesmärgi saavutamiseks vajalik. Eelnevalt toodud järeldus kohaldub ka ehitustööde kontsessioonilepingute osas, kuid seadusandja on jätnud täiesti analüüsimata, kas kontsessioonilepingus on üldse makseid võimalik peatada. Autor leiab, et erandjuhtudel on see võimalik, kuid kontsessioonilepingu olemuse tõttu on vahendi ebaproportsionaalsus veelgi selgem.

3.1.2. Kaalutusõiguse teostamine

Käesoleva magistr töö kirjutamise ajal puuduvad autorile teadaolevalt Euroopa Kohtu lahendid, mis tõlgendaksid liikmesriikide kaalutusõigust alltöövõtjaid kaitsva maksete teostamise regulatsiooni siseriiklikul kehtestamisel. Analoogia korras saab vaadelda vana hankedirektiivi ning seal sätestatud vabatahtlike kõrvaldamise aluste regulatsiooni kohta tehtud otsuseid. Sarnaselt maksete peatamise regulatsiooniga kasutas vana hankedirektiivi art 45 lg 2 vabatahtlike kõrvaldamise aluste kohta väljendit „võib välja jätta“,²⁶² mis tähendab, et vastava lõikega ei kavandatud hankemenetlusest kõrvaldamise aluste ühtset kohaldamist liidu tasandil,

²⁶⁰ Harbo (2015), lk 34

²⁶¹ EKo 13.11.1990. C-331/88 *Fedesa jt*, p 13 Autori märkus: selles kaasuses on samas punktis Euroopa Kohus kasutanud proportsionaalsuse hindamise testis ka kitsast proportsionaalsust

²⁶² Vrdl hankedirektiivi art 71 lg 3 ja 7 „liikmesriigid võivad..“

nii et liikmesriigid võivad neid kõrvaldamise aluseid üldse mitte kohaldada või lisada need siseriiklikesse õigusnormidesse erinevate juhtumite korral varieeruva rangusega sätete kaudu ning vastavalt siseriiklikul tasandil valitsevatele õiguskorra, majanduslikele või sotsiaalsetele kaalutlustele. Selles valdkonnas on liikmesriikidel pädevus kehtestatud kriteeriume leevendada või paindlikumaks muuta.²⁶³ Samas on liikmesriikide kaalutlusõigus piiratud läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise üldpõhimõtetega ning kõrvaldamise aluste puhul on nähtud direktiivides sätestatud kui ammendavat kataloogi, st liikmesriik ei saa ette näha muid kui sättes endas kehtestatud kõrvaldamise aluseid.²⁶⁴

Klassikaline- ja võrgustikudirektiiv pakuvad allhangete maksete teostamisega seondult liikmesriikidele n-ö kahekordse kaalutlusõiguse: kas üldse rakendada ja kui jah, siis kuidas rakendada – kas minna kaugemale kui direktiivides sätestatud. Autor saab vaid eeldada, et seadusandja on otsustanud direktiivide regulatsiooni RHS § 122 lg-te 9 ja 10 näol rakendada, kuigi riigihangete seaduse eelnõu juures puudub HÕNTE²⁶⁵ § 45 lg-s 2 nõutud vastavustabel, mis võimaldaks anda sellele ühese vastuse.

Analoogselt vabatahtlike kõrvaldamise alustega, on otsemaksete teostamise kohaldamine jäetud liikmesriigi otsustada, võimaldades seega arvestada siseriiklikku vajadust ning õiguskorra sobivust. Samas leiab autor, et kui liikmesriik otsustab, et alltöövõtjad vajavad korrapärase maksete tagamiseks enam kaitset, ei saa liikmesriik seda teha täiesti oma valitud abinõuga, vaid peab toimima direktiiviga antud kaalutlusõiguse piires. Näiteks on leitud, et direktiiv on valesti võetud üle olukorras, kus direktiiv nõudis võrdset palka naistele ja meestele „sama väärtusliku töö eest“, kuid siseriiklikult võeti see üle kui võrdne palk „sama töö eest“.²⁶⁶ Lahendus peab olema täielikult tõhus taotletavate eesmärkide saavutamiseks.²⁶⁷

Eelnevalt toodust tulenevalt leiab autor, et Eesti Vabariik on ületanud hankedirektiividega antud kaalutlusõiguse piire, mis on toonud kaasa direktiivides sätestatu vale kohaldamise siseriiklikus õiguses.

²⁶³ EKo 10.07.2014 nr C-358/12 *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, p 36

²⁶⁴ EKo 09.02.2008 C-226/04 ja C-228/04, p 22

²⁶⁵ Hea õigusloome ja normitehnika eeskiri. RT I, 29.12.2011, 228. Lisaks märgib autor, et täiesti puudu on maksete teostamise osas § 45 lg 4 kohane väga oluline olemuse ja vajalikkuse ning võimalike alternatiivide põhjendus.

²⁶⁶ S. Prechal. Directives in EC Law. Second, completely revised edition. Oxford University Press, 2005. Lk 31. Kõnealused väljendid olid inglise keeles direktiivis „work of equal value“ ja siseriiklikus õiguses ülevõetuna „the same work“

²⁶⁷ EKo 10.04.1984 C-14/83 *Von Colson ja Kamann vs Land Nordrhein-Westfalen*, p 15

3.1.3. Vastavus läbipaistvuse põhimõttele

Läbipaistvuse põhimõttel pole ühest definitsiooni, kuid seda on käsitletud läbi kolme elemendi (avalikustamine, hankemenetluse avalikkus ning hankemenetluse kontrollfunktsioon),²⁶⁸ mis seostuvad eelkõige hankemenetluse faasiga. Alternatiivse käsitlemise järgi võib läbipaistvuse põhimõtte jagada funktsionaalselt kaheks: esinduslikud omadused (informatsiooni pakkumine, avalike asutuste legitiimsus, avatud juhtimise demonstreerimine, rahva usalduse suurendamine avalike institutsioonide vastu) ning kontrollivad omadused (kõigi asutuste tegevuste kontrollimise võimaldamine, asutuste individuaalsete õiguste ja kohustuste selgus, üldsuse kaasatus otsustuste tegemisel ning tööriist korruptiivse tegevuse vastu).²⁶⁹

Avalikustamine tähendab eeskätt hankemenetlusest teada andmist ning hanketeade on läbipaistvuskohustuse tuumaks, kuivõrd nii saavad ettevõtjad hanke toimumisest teada.²⁷⁰ Hanketeade on kõige tähtsam avalikkuse nõue, et luua läbipaistvad ja ühised avatud turud Euroopas.²⁷¹ Läbipaistvuse kohustus eeldab, et kõik hankemenetluse tingimused ja menetluse kord oleks nii hanketeates kui ka alusdokumentides sõnastatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt, võimaldamaks ühelt poolt kõigil piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikel pakkujatel mõista nende täpset ulatust ja nendest ühtemoodi aru saada.²⁷² Euroopa Kohus on leidnud, et läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetega on vastuolus olukord, kus hanketeates sisaldub kaalumist mittevõimaldav kohustuslik kõrvaldamise alus, kuid siseriikliku õiguse seletuskirja kohaselt tuleb hankijal siiski teostada kaalutusõigust meetme rakendamise proportsionaalsuse osas.²⁷³ Selliselt on Euroopa Kohus kinnitanud, et hankijatel on kohustus primaarsena järgida alusdokumentides sätestatud.

Lepingu täitmiste tingimustega kehtestatakse lepingu täitmisega erinõuded, mis tuleks esitada hanketeates, hanketeatena kasutatavas eelteates või hankedokumentides.²⁷⁴ Klassikaline- ja võrgustikudirektiiv kohustavad otsemaksete regulatsiooni kajastama alusdokumentides. Võimalus ehitustööde hankelepingus ja ehitustööde kontsessioonilepingus maksete peatamist taotleda, on oma olemuselt lepingu täitmise tingimus, millega peatöövõtjad arvestama peavad.

²⁶⁸ Ojasalu (2006), lk 70-78

²⁶⁹ I. Georgieva. Using Transparency Against Corruption in Public Procurement. A Comparative Analysis of the Transparency Rules and their Failure to Combat Corruption. Springer International Publishing, 2017. Lk 13

²⁷⁰ Ojasalu (2006), lk 70

²⁷¹ Bovis (2015), lk 222

²⁷² EKo 02.06.2016 C-27/15 *Pizzo*, p 36

²⁷³ EKo 14.12.2016 C-171/15 *Connexion Taxi Services*, p-d 34-44

²⁷⁴ Klassikalise direktiivi põhjenduste p 104

Nagu eelnevalt on välja toodud, siis maksete peatamise regulatsioon tuleneb automaatselt riigihangete seadusest, mis ei kohusta hankijaid avaldama maksete peatamise regulatsiooniga seonduvat alusdokumentides. Rahaline makse on majanduslikus mõttes ainsaks põhjuseks, miks ehitustööde riigihangetel osaletakse, mistõttu on kõik tasustamist puudutavad tingimused pakkujate jaoks primaarse tähendusega informatsioon. Juhul, kui maksete peatamise kord ei ole kajastatud alusdokumentides, on ettevõtjatel oluliselt raskem teha kaalutletud otsus, kas esitada pakkumus. Autor leiab, et informeeritud ja mõistlikult tähelepanelik pakkuja peab saama hankelepingu tasustamist puudutavatest peamistest ning tähtsatest tingimustest teadlikuks alusdokumentides sisalduva informatsiooni põhjal.

Nõnda rikub RHS § 122 lg 9 autori hinnangul läbipaistvuskohustust, kui võrd pakkujatel on lepingu tasustamist puudutavates tingimustes õigustatud ootus lähtuda alusdokumentides kajastuvast ammendavast informatsioonist.

Läbipaistvuse põhimõtet lepingu täitmise faasis on kirjanduses autorile teadaolevalt väga vähe käsitletud. Direktiivide kohaselt on läbipaistvuse sisu lepingu täitmise faasis pigem seotud alltöövõtuhelas osalejatega.²⁷⁵ Autor nõustub Eesti kirjanduses väljatooduga, et otsemaksete tegemise võimalus on mõeldud avalike rahaliste vahendite kasutuse läbipaistvuse suurendamiseks.²⁷⁶ Läbipaistvuskohustuse valguses saab otsemaksete teostamises näha tööriista, millega võidelda õigusi kuritarvitava või hea usu vastase käitumise vastu. Samas ei ole autori hinnangul võimalik väita, et maksete peatamisega oleks läbipaistvus vähem tagatud kui otsemaksete teostamisega. Selles osas instrumentide omadused kattuvad, et annavad hankijale suurema kontrolli raha kasutamise üle ning seeläbi suurendavad läbipaistvust.

3.2. Regulatsiooni vastavus põhiseadusele – põhiõiguste riive eesmärk ja proportsionaalsus

Põhiseaduse põhiõigused on lihtsustatult öeldes kõik põhiseadusest tulenevad subjektiivsed õigused, mille kandjaks on üksikisik ja adressaadiks avaliku võimu kandja. Termin põhiõigus hõlmab ka põhivabadused, st põhivabadus ja vabaduspõhiõigus on sünonüümid.²⁷⁷ Säte saab põhiseadusega olla vastuolus üksnes juhul, kui see riivab mõnd põhiõigust või põhiseadusest

²⁷⁵ Klassikalise direktiivi põhjenduste p 105

²⁷⁶ Vt ptk 1.1.

²⁷⁷ M.Ernits. Põhiseaduse II peatüki sissejuhatus. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017. p-d 7, 16

tulenevat põhimõtet.²⁷⁸ Autor leiab, et maksete peatamise regulatsiooniga riivatakse peatöövõtja õigust vabale eneseteostusele (PS § 19), ettevõtlusvabadust (PS § 31) ja omandipõhiõigust (PS § 32), mis kõik on oma olemuselt vabaduspõhiõigused. Üldise vabaduspõhiõiguse (PS § 19) riive põhiseaduspärasust pole aga vaja kontrollida, kui vaidlusalune säte riivab mõnd spetsiifilist põhiõigust.²⁷⁹

Vabaduspõhiõiguse kontrollskeem on lihtsustatult järgmine – esmalt tuleb leida asjakohane põhiõigus, tuvastada selle kaitseala ning kaitseala riive ning seejärel kontrollida, kas riive on põhiseaduslikult õigustatud (formaalselt ja materiaalselt põhiseaduspärane).²⁸⁰ Formaalse põhiseaduspärasuse kontrolli käesoleva magistritöö raames ei teostata, kuivõrd autor ei näe vastavas osas probleemi.

Põhiseaduse § 31 kohaselt on Eesti kodanikel õigus tegeleda ettevõtlusega ning koonduda tulundusühingutesse ja -liitudesse. Seadus võib sätestada selle õiguse kasutamise tingimused ja korra. Kui seadus ei sätesta teisiti, siis on see õigus võrdselt Eesti kodanikega ka Eestis viibivatel välisriikide kodanikel ja kodakondsuseta isikutel.

PS § 31 lg 1 lause esimene pool sätestab ettevõtlusvabaduse, mille esemelisse kaitsealasse kuulub kogu tulu saamise eesmärgil toimuv tegevus. Ettevõtlusvabadus laieneb PS § 9 lg 2 alusel ka juriidilistele isikutele, kaitstes nõnda ka äriühinguid (isikuline kaitseala).²⁸¹ Tegemist on lihtsa seadusereservatsiooniga põhiõigusega, st ettevõtlusvabaduse piiramist on võimalik õigustada iga eesmärgiga, mis on kooskõlas põhiseadusest tuleneva väärtuskorraga.²⁸² Ettevõtlusvabaduse tuumaks on riigi kohustus mitte teha põhjendamatuid takistusi ettevõtluseks.²⁸³ Teisest küljest on riigi kohustuseks tagada õiguslik keskkond vaba turu toimimiseks, et kaitsta ettevõtjat teiste ettevõtjate õigusvastase tegevuse eest konkurentsi takistamisel või äritegevuse kahjustamisel.²⁸⁴ Ettevõtlusvabaduse olemusega käib kaasas õigus otsustada vabalt ettevõtluse üksikasjade üle.²⁸⁵ Ettevõtlusvabadus annab isikule õiguse nõuda,

²⁷⁸ RKPJKo 26.04.2011 nr 3-4-1-2-11

²⁷⁹ RKKKo 24.09.2009 nr 3-1-1-67-09, p 13.3. Vt järgnevalt omandipõhiõiguste ning ettevõtlusvabaduse riive kohta

²⁸⁰ Vt skeemi detailselt: M.Ernits. Põhiseaduse II peatüki sissejuhatus. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017. p 60

²⁸¹ RKPJKo 06.03.2002 nr 3-4-1-1-02, p 12

²⁸² M.Ernits. Põhiseaduse II peatüki sissejuhatus. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017. p-d 46 ja 47; RKÜKo 25.01.2007 nr 3-1-1-92-06, p 26

²⁸³ RKPJKo 06.07.2012 nr 3-4-1-3-12, p 41

²⁸⁴ RKÜKo 09.12.2013 nr 3-4-1-2-13, p 105

²⁸⁵ O.Kask, S.-A. Ehrlich, A.Henberg. Põhiseaduse § 31 kommentaar. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017, p 5

et avalik võim ei sekkuks tema ettevõtlusena käsitatavasse tegevusse.²⁸⁶ Järelikult peab ettevõtjal olema õigus otsustada kellega ja mis tingimustel ta lepingu sõlmib (hõlmates lepinguvabaduse), sealhulgas nt valida kuidas lepingut täidetakse, milliseid õiguskaitsevahendeid teise poole vastu kasutatakse jne. Ettevõtlusvabaduse riivega on tegemist iga abinõu puhul, mis takistab, kahjustab või kõrvaldab mõne ettevõtlusega seotud tegevuse.²⁸⁷

Põhiseaduse § 32 kohaselt on igäühe omand puutumatu ja võrdselt kaitstud. Igäühel on õigus enda omandit vabalt vallata, kasutada ja käsutada. Kitsendused sätestab seadus.

Asjaõigusseaduse²⁸⁸ (AÕS) § 68 lg 1 järgi on omand isiku täielik võim asja üle ning TsÜS § 49 lg 1 kohaselt on asi kehaline ese. PS §-st 32 tulenevat omandipõhiõigust tuleb aga tõlgendada avaramalt kui tsiviilõiguslikku omandit.²⁸⁹ PS § 32 kaitseb omandina varalisi nõudeid – nii asju, raha kui ka rahaliselt hinnatavaid õigusi ja nõudeid (esemeline kaitseala).²⁹⁰ Põhiseaduse kommentaaride autorid on kahtleval seisukohal, millises ulatuses on võlaõiguslikud nõuded kaitstud ning kas on põhjendatud kõigi varaliste õiguste lugemine omandipõhiõiguse kaitsealasse kuuluvaks.²⁹¹ Samas on Riigikohtu üldkogu väljendanud seisukohta, et PS § 32 näol on tegemist varalisi õigusi kaitsva normiga, mille kaitse ulatub kinnis- ja vallasasjade kõrval ka rahaliselt hinnatavatele õigustele ja nõuetele²⁹² ning hiljem seda seisukohta ka korranud,²⁹³ leides näiteks, et õigus pensionile kui rahaliselt hinnatav õigus kuulub olemuslikult omandipõhiõiguse kaitsealasse. Seejuures ei diferentseerinud Riigikohus, kas tegemist on asjaõigusliku või võlaõigusliku nõudega. Sellest lähtudes võtab autor seisukoha, et PS § 32 kaitsealasse kuuluvad ka võlaõiguslikud nõuded, sh VÕS § 635 lg-st 1 tulenev tasunõue. Omandipõhiõiguse riivega on tegemist juhul kui õiguslikku positsiooni kitsendatakse, st piiratakse omandi valdamist, kasutamist või käsutamist.²⁹⁴

RHS § 122 lg 9 riivab seega ühelt poolt peatöövõtja ettevõtlusvabadust, takistades peatöövõtja vabadust otsustada vabalt ettevõtluse üksikasjade üle, mille hulka kuulub otsustamisõigus lepinguliste kohustuste täitmise üle eraõiguslikes suhetes alltöövõtjaga. Teiselt poolt riivab

²⁸⁶ Ibid, p 6

²⁸⁷ RKPJKo 28.04.2000 nr 3-4-1-6-00, p 11

²⁸⁸ Asjaõigusseadus. RT I, 25.01.2017, 5

²⁸⁹ M. Ernits, A.Kelli, P.Roosma. Põhiseaduse § 32 kommentaar. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017, p 4

²⁹⁰ RKÜKo 31.03.2011 nr 3-3-1-69-09, p 56

²⁹¹ M. Ernits, A.Kelli, P.Roosma. Põhiseaduse § 32 kommentaar. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017, p 8

²⁹² RKÜKo 17.06.2004 nr 3-2-1-143-03, p 18

²⁹³ RKÜKo 26.07.2014 nr 3-4-1-1-14, p 88

²⁹⁴ RKÜKo 30.08.2011 nr 3-3-1-15-10, p 44

norm ettevõtja omandipõhiõigust, piirates peatöövõtja lepingust tulenevat õigust saada tehtud töö eest tasu (omandi kasutamise piiramine).

Põhiõigusi piirav õigustloov akt on põhiseaduspärane, kui see on formaalselt ja materiaalselt põhiseadusega kooskõlas.²⁹⁵ Formaalne põhiseaduspärasus tähendab, et põhiõigusi piirav õigustloov akt peab vastama pädevus-, menetlus- ja vorminõuetele ning määratuse ja seadusereservatsiooni põhimõtetele.²⁹⁶ Materiaalne kooskõla põhiseadusega tähendab, et põhiõigust riivav õigusakt on kehtestatud põhiseadusega lubatava eesmärgi saavutamiseks ning on selle saavutamiseks proportsionaalne abinõu²⁹⁷ ehk riivel on legitiimne eesmärk ning riive on proportsionaalne selle eesmärgi suhtes.²⁹⁸

Lihtsa piiriklausliga põhiõigusi, nagu ettevõtlusvabadus ja omandiõigus, on lubatud riivata igal eesmärgil, mis ei ole PS-ga otseselt keelatud.²⁹⁹ Normide eesmärgina saab eelkõige näha seda, et alltöövõtja saaks tehtud töö eest tasu, st peatöövõtja ei jäta talle tehtud töö eest alusetult tasumata. Selline eesmärk ei ole PS-ga vastuolus ja on seega legitiimseks eesmärgiks peatöövõtja ettevõtlusvabaduse ja omandipõhiõiguse piiramisel.

Proportsionaalsuse põhimõtte tuleneb PS §-st 11, mille kohaselt peavad õiguste ja vabaduste piirangud olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud. Proportsionaalsus tähendab seda, et abinõu peab olema sobiv, vajalik ning mõõdukas.³⁰⁰

Abinõu on sobiv, kui see soodustab eesmärgi saavutamist, st abinõu, mis ühelgi juhul ei soodusta eesmärgi saavutamist, on vaieldamatult ebaproportsionaalne, kaitstes seeläbi isikuid avaliku võimu tarbetu sekkumise eest.³⁰¹ Sobivus ei tähenda, et abinõu eesmärgi absoluutse kindlusega saavutaks. Piisab, kui abinõu eesmärgi saavutamisele kaasa aitab või seda edendab, mistõttu on nõude lävi üsna madal ning see on harva riive ebaproportsionaalsuse tuvastamise põhjuseks.³⁰² RHS-s on alltöövõtja tasu saamise kaitseks valitud makse peatamine peatöövõtjale. Seadusandja on seega näinud, et kui pahatahtlik peatöövõtja ei saa hankijalt raha,

²⁹⁵ RKPJKo 13.06.2005 nr 3-4-1-5-05, p 7

²⁹⁶ Ibid, p 8. Käesolevast uurimusest jäetakse formaalne põhiseaduspärasuskontroll välja, kuivõrd autori hinnangul sellega probleeme pole.

²⁹⁷ RKPJKo 26.03.2009 nr 3-4-1-16-08, p 28

²⁹⁸ RKÜKm 18.06.2013 nr 3-2-1-169-12, p 49

²⁹⁹ M.Ernits. Põhiseaduse II peatüki sissejuhatus. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017. p 54

³⁰⁰ RKPJKo 06.03.2002 nr 3-4-1-1-02, p 15

³⁰¹ Ibid

³⁰² M.Ernits. Põhiseaduse § 11 kommentaar. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017. p 12

sunnib see teda automaatselt alltöövõtjale tasuma. Autor on valitud abinõu osas skeptiline. Peatöövõtja tasunõue hankija vastu tehtud töö eest on eelduslikult suurem või võrdne, kui alltöövõtja tasunõue peatöövõtja vastu sama tehtud töö eest.³⁰³ Kui peatöövõtja nõue hankija vastu on võrdne sellega, mis ta alltöövõtjale peab tasuma ning hankija peatab makse peatöövõtjale, ei saa peatöövõtjal tekkida rahalist kaotust. Kui peatöövõtja nõue hankija vastu on suurem sellest, mis ta alltöövõtjale tasub, peatab hankija makse osas, millele on õigustatud alltöövõtja, kuid peatöövõtjale tuleb siiski maksta seda ületav osa, st kasum. Nõnda ei motiveeri autori hinnangul makse peatamine peatöövõtjat alltöövõtjale makset teostama. Samas ei saa aga tõsikindlalt väita, et valitud abinõu eesmärgi saavutamisele üldse kaasa ei aita, mistõttu tuleb madala nõudeläve tõttu valitud abinõu sobivust kolmeastmelises testis pigem jaatada ning kontrollida vajalikkust kitsamas tähenduses ja mõõdukust.³⁰⁴

Abinõu on vajalik, kui eesmärki ei ole võimalik saavutada mõne teise, kuid isikut vähem koormava abinõuga, mis on vähemalt sama efektiivne kui esimene (vajalikkus kitsamas tähenduses).³⁰⁵ Alternatiivse vahendi kasutamise eelduseks on, et leebem vahend on ilma kahtluseta eesmärgi saavutamiseks sama kohane ega rõhu lisaks kolmandaid isikuid ega üldsust, st on olemas teine abinõu, mille kohaldamisel läheb vähemalt ühel asjaosalisel paremini, kuid mitte kellelgi halvemini. Arvestada tuleb ka seda, kuivõrd koormavad erinevad abinõud kolmandaid isikuid ning ka erinevusi riigi kulutustes.³⁰⁶ Alternatiivsete lahenduste leidmiseks tuleks vaadata kas õigusloome protsessis on pakutud muid lahendusi, teiste riikide lahendusi või pakkuda lahendus ise välja.³⁰⁷ Loomulikult peab alternatiivne vahend üldse leiduma. Siinkohal ei tule alternatiivi aga kaugelt otsida ning see tuleneb ka seadusandjale eeskujuks³⁰⁸ olnud hankedirektiivi artiklist 71 – otsemaksed alltöövõtjatele kas avalduse alusel või automaatselt.³⁰⁹

Autori hinnangul ei ole kahtlust, et otsemaksete lubamine oleks eesmärgi saavutamiseks sobiv (vähemalt sama kohane) ning selles, et see soodustaks alltöövõtja kui ühe asjaosalise

³⁰³ Peatöövõtja tasunõudes on eelduslikult sisse arvestatud ka kasumiosa, mistõttu ei oleks loogiline, et peatöövõtja maksab alltöövõtjale töö eest rohkem, kui ta ise selle eest hankijalt saab

³⁰⁴ M.Ernits. Põhiseaduse § 11 kommentaar. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017. p 13

³⁰⁵ RKÜKo 21.01.2014 nr 3-4-1-17-13, p 34

³⁰⁶ M.Ernits. Põhiseaduse § 11 kommentaar. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017. p 14

³⁰⁷ Ibid

³⁰⁸ Vähemalt oli see seadusandjale eeskujuks eelduslikult. Arvestades aga direktiivis sätestatud ning seadusandja poolt riigihangete seaduses sätestatud, võib selles eeskujus kahtlus tekkida

³⁰⁹ Vt selle kohta ptk 1.1

positsiooni enam kui maksete peatamine.³¹⁰ Järelikult on küsimus selles, kas peatöövõtja positsioon otsemaksete lubamisel on parem või jääb vähemalt samaks (ei halvene), kui see on maksete peatamise regulatsiooni puhul.

Ausal peatöövõtjal ei tohiks probleemi olla sellega, kui alltöövõtja korrektselt tehtud tööde eest tasub alltöövõtjale peatöövõtja asemel hoopis hankija.³¹¹ Seetõttu tuleb vahendite leebuse hindamisel arvestada eelkõige olukorraga, kus peatöövõtjal on alltöövõtjale tasumise osas õigustatud vastuväited, st alltöövõtjal puudub nõue või on see väiksemas ulatuses kui lepingus kokku lepitud. Maksete peatamise puhul on peatöövõtjal võimalik alltöövõtja taotluse alusetust näidata enne, kui hankija otsustab makse peatöövõtjale peatada ja seeläbi makse peatamist ning põhiõiguste riivet vältida.³¹² Samamoodi oleks võimalus sätestada alusetute maksete vaidlustamise mehhanism ka otsemaksete puhul nagu seda näeb ette ka hankedirektiiv. Näitena saab tuua lahenduse, kus hankija teavitab peatöövõtjat, et alltöövõtja on makset taotlenud ning seejärel peatöövõtja kas kinnitab makse või esitab hankijale kindlaksmääratud aja jooksul tõendid ja põhjendused selle kohta, miks ei tuleks alltöövõtjale maksta. Juhul, kui pooled ei jõua kokkuleppele, võiks vaidlustamise mehhanismi osana olla võimalik nende spetsiifiliste vaidlustega pöörduda vaidlustuskomisjoni poole. Esiteks vähendaks selline lahendus alltöövõtja põhjendamiskoormist. Teiseks väldiks selline lahendus olukorda, kus hankija on sunnitud raha enda käes kinni hoidma. Kolmandaks on paremini tagatud regulatsiooni eesmärk – kaitsta alltöövõtjate õigust saada tehtud töö eest tasu. Neljandaks ei halvenda otsemaksete regulatsioon peatöövõtja olukorda võrreldes maksete peatamise regulatsiooniga. Viiendaks elimineeriks see ebakõla hankedirektiividest tulenevate eesmärkidega.³¹³

Autori hinnangul ei ole seega maksete peatamine vajalik abinõu, arvestades, et leidub efektiivsem ning mitte rohkem koormav abinõu otsemaksete teostamise näol.

Riigikohtu üldkogu on väljendanud seisukohta, et kui abinõu pole vajalik, siis puudub vajadus teostada mõõdukuse kontrolli.³¹⁴ Samas on see pälvinud kriitikat ning põhiseaduspärasuse

³¹⁰ Arvestades, et alltöövõtja lõpp-eesmärgiks on siiski tasu saamine, mitte peatöövõtja sanktsioneerimine makse peatamisega. Maksete peatamise regulatsioon ei võimalda alltöövõtjal iseenesest seda eesmärki otse saavutada, vaid on teoorias seda toetav, kuid läbi peatöövõtja n-õ sanktsioneerimise

³¹¹ Vastates ka VÕS § 78 lg 1 regulatsioonile

³¹² Siinkohal võetakse eelduseks see, et normi rakendamine praktikas toimub nii, nagu autor on seda kirjeldanud, vt analüüsi peatükis 2.2.

³¹³ Vt selle kohta ptk 3.1

³¹⁴ RKÜKo 17.03.2003 nr 3-1-3-10-02, p 30

kontrolli juures oleks parem siiski kontrollida abinõu mõõdukust.³¹⁵ Abinõu mõõdukuse üle otsustamiseks tuleb kaaluda ühelt poolt põhiõigusesse sekkumise ulatust ja intensiivsust ning teiselt poolt piirangu poolt taotletava eesmärgi tähtsust. Mida intensiivsem on põhiõiguse riive, seda kaalukamad peavad olema seda õigustavad põhjused.³¹⁶ Mõõdukuse hindamisel saab arvestada ka võrdsuspõhiõiguse (PS § 12) riivet.³¹⁷ Peatöövõtja põhiõiguste piiramise eesmärgiks on alltöövõtja omandipõhiõiguse kaitse. Kaudselt kaitstakse omandipõhiõiguse kaudu ka alltöövõtja ettevõtlusvabadust. Seetõttu tuleb hinnata, miks ja kas alltöövõtja positsioonil oleva ettevõtja omandipõhiõigus väärrib suuremat kaitset, kui peatöövõtja positsioonil oleva ettevõtja ettevõtlusvabadus ja omandipõhiõigus.

Põhiõiguste riivel peavad olema kaalukad põhjused. Probleemi lahendamisele peab eelnema probleemi olemasolu ning selle põhjuste kaardistamine. Hüpotetetiliste probleemide lahendamine teiste isikute põhiõiguste arvelt ei ole õigusriigile kohane. Arvestades maksete peatamise regulatsiooni sätestamist ja selle olemust, võib eeldada, et Eestis eksisteerib tõsine probleem alltöövõtjatele tasu maksmata jätmises ning seda eriti chitustööde teostamisel. Taolise probleemi olemasolu, ulatust ning raskuse astet seaduse eelnõu aga üldse ei käsitle. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium on varasemalt leidnud, et Riigikogu põhjenduste puudumise tõttu puudub kolleegiumil võimalus kaaluda, kas ettevõtlusvabadusse sekkumine oli demokraatlikus ühiskonnas vajalik ega moonuta ettevõtlusvabaduse olemust, mistõttu sellist ettevõtlusvabadusse sekkumist ei saa lugeda põhiseadusega kooskõlas olevaks.³¹⁸ Seetõttu on ka siinkirjutajal raske anda hinnang meetme kasutuselevõtu vajaduse olemasolu kohta. Juhul, kui pooled ei saa lepingust tulenevaid erimeelsusi lahendatud läbirääkimiste tulemusel, on eraõigusliku vaidluse lahendamine kohtu ülesanne. Asjaolust, et seadusandja on näinud hankijate vajadust sekkuda nendest sõltumatusse eraõiguslikku õigussuhtesse, võib järeldada, et seadusandja meelest ei ole praegu kehtiv eraõiguslike vaidluste lahendamise võimalus kohtus piisavalt tõhus,³¹⁹ mistõttu vajavad alltöövõtjad täiendavat kaitset.

Siinkohal on sobilik märkida, et vastava regulatsiooni kehtestamisele olid vastu otseselt kaks huvigruppi, kelle liikmeid see kõige enam puudutab – Eesti Ehitusettevõtjate Liit ning Eesti

³¹⁵ M.Ernits. Põhiseaduse § 11 kommentaar. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017. p 14

³¹⁶ RKPJKo 17.07.2009 nr 3-4-1-6-09, p 21

³¹⁷ RKÜKo 09.12.2013 nr 3-4-1-2-13, p 114

³¹⁸ RKPJKo 10.05.2002 nr 3-4-1-3-02, p-d 16-18. Siinkohal tuleb märkida, et Riigikogu ei esitanud kolleegiumile selgitusi vaidlustatud sätte kohta kohtumenetluses. Samas, põhjendused sätte vajalikkuse kohta peaksid sisalduma juba seaduse eelnõus.

³¹⁹ HÕNTE § 2 lg 1

Kaubandus-Tööstuskoda. Vähem kriitiline, kuid siiski lahendusega mitterahulolev oli ka Eesti Väike- ja Keskmiste Ettevõtjate Assotsiatsioon.³²⁰

Abinõu vajalikkust hinnates ning alternatiivide otsimisel on üheks võimaluseks vaadata teiste riikide lahendusi, samas saab teiste riikide kogemust kasutada ka selleks, et hinnata abinõu tulemuslikkust eesmärgi saavutamisel. Hispaanias oli kasutusel õiguspraktikast tulenev lahendus, et alltöövõtjatel on õigus nõuda makse teostamist hankijalt ning seda enne hankedirektiivide sarnast regulatsiooni. Majanduslanguse käigus alltöövõtjate taotluste hulk kasvas ning see tõi kaasa praktilisi probleeme. Esiteks tuleb arvestada, et peatöövõtjate tasustamine tagab lepingu jätkusuutliku toimimise. Teiseks ei ole hankijad teadlikud kõigest, mis võib alltöövõtulepingu täitmist mõjutada. Seega juhul, kui peatöövõtja makse vaidlustas, oli hankijate jaoks suur probleem otsustada, kummal neist on tegelikult maksele õigus. Tulemusena viidi Hispaania õigusesse sisse sõnaselge reegel, mille kohaselt ei ole alltöövõtjatel ühelgi juhul õigust taotleda makset otse hankijalt.³²¹ Otsemaksete võimalus oli ka Sloveenias enne uusi direktiive. Seal oli probleemiks asjaolu, et maksete süsteem kohaldus vaid „esimese ringi“ alltöövõtjatele. Seega hakkasid peatöövõtjad kasutama oma tütarettevõtteid alltöövõtjatena ning pääsesid nõnda mööda kehtivast regulatsioonist, mistõttu tuli vastav muudatus seadusesse sisse viia,³²² kuid Sloveenia kasutab jätkuvalt otsemaksete tegemise võimalust.³²³ Eesti regulatsioon võimaldaks peatöövõtjatel teoreetiliselt samuti kasutada sarnast taktikat, et sätete kohaldumisest mööda minna.

PS § 12 lg-s 1 sisaldub võrdsuspõhiõigus, mis on ühtne kõikide ebavõrdse kohtlemise aluste suhtes ning on piiratud iga põhiseadusega kooskõlas oleval põhjusel.³²⁴ PS § 12 lg 1 esimene lause hõlmab ka õigusloome võrdsuse põhimõtet – seadused peavad ka sisuliselt kohtlema kõiki

³²⁰ Eesti Ehitusettevõtjate Liidu arvamus riigihangete seaduse eelnõu 450 SE kohta; Eesti Kaubandus-Tööstuskoja arvamus riigihangete seaduse eelnõu 450 SE kohta; Eesti Väike-Keskmiste Ettevõtjate Assotsiatsiooni (EVEA) arvamus riigihangete seaduse eelnõu 450 SE kohta. Arvutivõrgus kättesaadavad: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamus/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (22.04.2018)

³²¹ R. Oliviera. Modification of Public Contracts: Transposition and Interpretation of the New EU Directives. European Procurement & Public Private Partnership Law Review. 1/2015, p 44-45

³²² P.Ferk. Slovenian PPP. European Public Private Partnership Law Review. 2/2011, p 96

³²³ Zakona o javnem naročanju. („The Public Procurement Act (ZJN-3)“), Art 94. Otsemaksed ei ole automaatsed, vaid alltöövõtja peab otsemakseid taotlema. Seejärel sõlmib peatöövõtja hankijaga eraldi lepingu, millega autoriseerib hankijat maksma alltöövõtjatele nende avalduste alusel, mis on peatöövõtja poolt kinnitatud. Huvitav on, et isegi kui alltöövõtja otsemakseid ei taotle, on peatöövõtjal kohustus pärast tööde lõpetamist esitada kõikide alltöövõtjate kinnitused, et nad on oma tasud kätte saanud, kinnituse esitamata jätmise korral saab peatöövõtjat väärteomenetluses trahvida (art 112). Arvutivõrgus kättesaadav: www.djn.mju.gov.si/resources/files/Predpisi/ZJN-3_ang_prevod.pdf (22.04.2018)

³²⁴ RKÜKo 07.06.2011 nr 3-4-1-12-10, p 31

sarnases olukorras olevaid isikuid ühtemoodi.³²⁵ Kõiki isikuid tuleb kohelda ühetaoliselt ühtedes ja samades oludes ning samadel eeldustel.³²⁶ Võrdsuspõhiõigus keelab kohelda sarnases olukorras olevaid isikuid ebavõrdselt, riive hindamiseks tuleb määrata kindlaks võrdluse lähtekohad ja võrreldavad grupid,³²⁷ st leida leida sarnases olukorras olev isikute grupp, kellega võrreldes koheldakse kedagi halvemini.³²⁸

Antud regulatsiooni kontekstis on võrreldavateks gruppideks ühelt poolt ettevõtjad, kes on sõlminud ehitustööde peatöövõtulepingu eraisikust³²⁹ tellijaga ning samuti ehitustööde alltöövõtulepingu mõne teise ettevõtjaga; ning teiselt poolt ettevõtjaid, kes on sõlminud ehitustööde peatöövõtulepingu tellijaga, kes on hankija riigihangete seaduse tähenduses ning ehitustööde alltöövõtulepingu mõne teise ettevõtjaga. Võrdluse lähtekohaks on olukord, kus alltöövõtja ja peatöövõtja vahel on vaidlus alltöövõtulepingu täitmise üle. Kui tellijaks on eraisik, puudub alltöövõtjal eraõiguslikust regulatsioonist tulenev võimalus mõjutada peatöövõtulepingust tulenevaid tellija ja peatöövõtja suhteid. Kui tellijaks on hankija, on alltöövõtjal RHS-st tulenev võimalus mõjutada peatöövõtulepingust tulenevaid tellija ja peatöövõtja suhteid. Selliselt on hankijast tellijaga peatöövõtulepingu sõlminud ettevõtjate omandipõhiõigus ja ettevõtlusvabadus piiratumas olukorras võrreldes eraisikust tellijaga peatöövõtulepingu sõlminud ettevõtjaga.

Siinkohal tuleb arvestada, et ebavõrdsus ei puuduta mitte ainult peatöövõtjaid ning võrreldavateks gruppideks on samuti eelmises lõigus toodud alltöövõtjad. Alltöövõtjal, kes teostab töid läbivalt eraõiguslikus suhtes, puudub enda nõude tagamiseks/kaitsmiseks samaväärne abinõu, mis on antud alltöövõtjale, kes teostab töid suhtes, kus lõpp-tellijaks on hankija. Sellega asetatakse esimesena nimetatud alltöövõtja halvemasse seisuga, kui temaga võrreldavas olukorras olev teisena nimetatud alltöövõtja.

Iseenesest ei ole hankelepingute ulatuslikemas piirangutes võrreldes tavaliste eraõiguslike lepingutega midagi revolutsioonilist – hankelepingute muutmise võimalused on selgelt erinormidega reguleeritud,³³⁰ hankijal on lepingu ülesütlemiseks täiendavad õigused³³¹ ning

³²⁵ RKPJKo 20.03.2006 nr 3-4-1-33-05, p 26

³²⁶ RKHKo 12.12.2006 nr 3-3-1-65-06, p 25

³²⁷ RKÜKo 30.06.2016 nr 3-3-1-86-15, p 47

³²⁸ RKÜKo 22.04.2014 nr 3-3-1-51-13, p 69

³²⁹ Siinkohal tähistab „erisik“ kedagi, kes ei ole hankija riigihangete seaduse tähenduses ning kellele ei kohaldu RHS § 122 lg-d 9 ja 10

³³⁰ RHS § 123

³³¹ RHS § 124

seadus näeb ette ka hankelepingu täiendavad tühisuse alused.³³² Hankelepingut ei saagi pidada klassikaliseks eraõiguslikuks lepinguks – hankija esindab erahuvi asemel avalikku huvi ning lepingud on sõlmitud otseselt avaliku huvi täitmiseks või selle abistamiseks.³³³ Selliselt on lepingupoolte huvid teisejärgulised võrreldes avaliku huviga. Avaliku huvi olemasolu teiste piirangute puhul on aga selgem. Hankelepingu muutmise piirangud tagavad eelkõige läbipaistvust, võrdset kohtlemist, samuti korruptiivsuse tõkestamist. Hankelepingu ülesütlemist õigustavad eelnevalt hankemenetluses tehtud vead või lubamatud muudatused hankelepingus. Hankelepingu täiendavad tühisuse alused tulenevad hankijapoolsetest rikkumistest hankemenetlust korraldades/korraldamata jättes. Maksete peatamine on aga eelkõige suunatud erahuvi kaitsmisele ning avaliku huvi kaitse on teisejärguline, mistõttu siinkirjutaja jaoks ei ole täiendavate piirangute seadmine sellisel kujul õigustatud.

Eelnevast tulenevalt leiab autor, et abinõu pole mõõdukas, kuivõrd see riivab intensiivselt peatöövõtja omandiõigust ja ettevõtlusvabadust, kuid samas pole seadusandja selle õigustamiseks kaalukaid põhjuseid välja toonud. Samuti rikub regulatsioon võrdsuspõhiõigust,³³⁴ millega autor abinõu mõõdukuse analüüsimise juures arvestas.

³³² RHS § 121

³³³ E.Fels. Euroopa Liidu riigihankeõiguse normide rikkumise mõju hankelepingu kehtivusele. Magistritöö. Tartu Ülikool, 2015. Lk 12

³³⁴ Samale seisukohale on jõutud ka Deloitte Legal analüüsis (2017), lk 28

KOKKUVÕTE

Magistritöö eesmärgiks oli tuvastada RHS § 122 lg-tes 9 ja 10 sisalduva maksete peatamise regulatsiooni õiguslik olemus, võimalik rakendamine praktikas ning poolte võimalused enda õigusi kaitsta. Magistritöös analüüsiti ka maksete peatamise regulatsiooni vastavust hankedirektiividest tulenevatele eesmärkidele ning kooskõla põhiseadusega. Sissejuhatuses püstitati autori poolt kolm hüpoteesi.

Magistritöö esimene hüpotees leidis kinnitust. Enim probleeme valmistavad küsimused, kas hankija näol on maksete peatamisel tegemist haldusorganiga ning kas tegevus toimub avalik-õiguslikus suhtes. Autor jõudis järeldusele, et maksete peatamine on avaliku halduse ülesanne, mis täidab nii korraldava kui suunava halduse eesmärgi. Avaliku sektori ja võrgustikusektori hankijad, kes on maksete peatamist kohustatud rakendama, on hõlmatud haldusinstitutsioonide mõistega. Seega on hankijad maksete peatamise menetlemisel haldusorganid HMS § 8 lg 1 järgi.

Avalik-õigusliku suhte tuvastamine on probleemne, kuivõrd riigihankelepingud on eraõiguslikud lepingud. Samas toob maksete peatamise regulatsioon paradigma muutuse. RHS § 122 lg 9 rakendamisel on hankijatel olenevalt avalduse põhjendatusest kohustus panna peale ühepoolset kohustusi ning piirata õigusi. Kuivõrd jõudude tasakaal on poolte vahel ebavõrdne ning ülekaalus on avaliku õiguse elemendid, jõudis autor järeldusele, et tegemist on avalik-õigusliku suhtega.

Kuivõrd töös leidsid kinnitust ka haldusakti teiste kohustuslike eelduste olemasolu, on maksete peatamise otsustuse näol järelikult tegemist haldusmenetlusega, mis lõppeb igal juhul haldusaktiga, sest ka haldusakti andmisest keeldumine tuleb vormistada haldusaktina. See järeldus omab olulist mõju alltöövõtja avalduse põhjendatuse hindamisel, hankijapoolse õiguspärase otsustuse tegemisel ning menetlusosaliste õiguskaitsevahendite kohaldamisel.

Määratlemata õigusmõistel „põhjendatud avaldus“ on kogu maksete peatamise regulatsioonis keskne roll. Juhul, kui avaldus ei ole põhjendatud, saab RHS § 122 lg 10 kohaselt makse peatamise lugeda hankijapoolseks rikkumiseks. RHS § 122 lg 9 kohaselt ei ole hankija kohustatud maksete peatamise otsustamisel kaasama peatöövõtjat, et lugeda alltöövõtja avaldus põhjendatuks. Sellest olenemata leidis autor, et hankijal puudub võimalus makset peatada õiguspäraselt peatada ilma peatöövõtja sisendita. Arvestades, et tegemist on haldusmenetlusega, peab hankija välja selgitama olulise tähendusega asjaolud ning vajaduse

korral ise tõendeid koguma (uurimispõhimõte), selgitama menetlusosalistele nende õigusi ja kohustusi ning abistama tõendite esitamisega (selgitamiskohustus) ja lõpuks andma menetlusosalistele ka võimaluse välja antava haldusakti kohta arvamust avaldada (ärakuulamisõigus). Eelnevast tulenevalt formuleeris autor ka määratlemata õigusmõiste „põhjendatud avaldus“ võimaliku definitsiooni RHS § 122 lg 9 tähenduses:

„Avalduse saab lugeda RHS § 122 lg 9 mõttes põhjendatuks, kui hankijal on pärast mõlema poole ära kuulamist ning esitatud tõendite igakülgset uurimist jätkuvalt põhjust arvata, et alltöövõtjale on jäetud alusetult maksmata, s.t. peatöövõtja ei ole ammendavalt ümber lükanud kõiki alltöövõtja poolt esitatud makse teostamise kohustust kinnitavaid väiteid.“

Töö eesmärgiks oli ka poolte õiguskaitsevahendite kasutamise võimaluse tuvastamine. Esmalt kontrolliti hankija otsuse vaidlustamise võimalikkust riigihangete vaidlustuskomisjonis. Autor jõudis järeldusele, et riigihangete vaidlustuskomisjoni kehtiv õigus pöörduda ei võimalda.

Uurimuses järeldati, et õiguste kaitseks tuleb seega pöörduda halduskohtusse. Peatöövõtja primaarseks eesmärgiks on esitada haldusakti tühistamiskaebus. Avalik-õiguslikus suhtes saab samuti nõuda viivist, kuid avalik-õiguslikus suhtes käsitletakse seda kui kahjuhüvitist, mida on võimalik nõuda hüvitamiskaebusega. Alltöövõtjale ebasoodsa otsuse tegemisel saab alltöövõtja kaitsta enda õigusi tühistamis- ja kohustamiskaebusega.

Töös leiti, et iseenesest ei ole välistatud ka peatöövõtja õigus pöörduda hankija vastu üldkohtusse, esitades lepingust tuleneva täitmise- ning viivisenõude. Siinkohal osutub takistuseks aga hankija poolt välja antud haldusakt. Haldusakti resolutiivosa on kohustuslik kõigile, s.h. üldkohtutele, kellel puudub pädevus haldusakti tühistamiseks. Seega on tsiviilõigusliku nõude rahuldamise eelduseks igal juhul, et hankija oleks haldusakti ise kehtetuks tunnistanud või halduskohus selle tühistanud.

Magistritöö teine hüpotees leidis kinnitust. Klassikaline- ja võrgustikudirektiiv annavad liikmesriikidele õiguse reguleerida otsemakseid alltöövõtjatele. Regulatsiooni eesmärgiks on hõlbustada ja soodustada VKE-de osalemist riigihangetel ning tagada alltöövõtjate õigeaegne ja õiglane tasustamine.

RHS § 122 lg-tes 9 ja 10 sätestatud maksete peatamise regulatsioon ei ole direktiivide eesmärkidega kooskõlas. Liikmesriik peab tagama vastavalt direktiivi eesmärgile direktiivi täieliku õigusmõju. Hankedirektiivid ei loo küll ammendavat õigust ning liikmesriikidel on

õigus teatud varieerimiseks, kuid mängimisruum on rangelt piiritletud. Direktiive üle võtavad siseriiklikud õigusnormid peavad olema eesmärkide saavutamiseks sobivad ega tohi minna kaugemale kui eesmärgi saavutamiseks vajalik. Maksete peatamise regulatsioon ei taga alltöövõtjate õigeaegset tasustamist, kuivõrd see ei võimalda hankijal alltöövõtjale makset teostada, vaid üksnes makset kinni hoida. Kontsessioonilepingute puhul on ebakõla direktiividest tulenevate eesmärkidega autori hinnangul täiendavalt võimendatud.

Juhul, kui direktiivid annavad liikmesriikidele kaalutlusõiguse, tuleb kaalutlusõigust teostada direktiiviga ettenähtud piirides. Maksete peatamise regulatsiooniga on seadusandja teostanud valesti direktiividest tulenevat kaalutlusõigust. Maksete peatamine ei ole direktiivides ettenähtust kaugemale minek, vaid direktiivi mõttest ja eesmärgist teises suunas minek.

Maksete peatamise regulatsioon ning selle rakendamise kohustuslikkus tuleneb otseselt riigihangete seadusest. Direktiivid kohustavad lepingu eritingimusi kajastama alusdokumentides, see kohustus eksisteerib ka otsemaksete regulatsiooni kohaldamisel. Maksete peatamisega seonduvaid tingimusi ei ole hankijad kohustatud kajastama alusdokumentides. Töös järeldati, et selliselt võib maksete peatamine osutuda pakkujate jaoks (eriti välispakkujatele) üllatuslikuks ning on vastuolus läbipaistvuskohustusega.

Magistritöö kolmas hüpotees leidis samuti kinnitust. Autor tuvastas, et maksete peatamine riivab peatöövõtjate üldist vabaduspõhiõigust (PS § 19), ettevõtlusvabadust (PS § 31) ja omandipõhiõigust (PS § 32), mida on lubatud riivata igal eesmärgil, mis ei ole PS-ga otseselt vastuolus. Alltöövõtjatele, s.t. ettevõtjale õiguspärase tasude tagamise eesmärk on legitiimne.

Kuivõrd riive eesmärk on legitiimne, analüüsiti riive proportsionaalsust – õiguste ja vabaduste piirangud olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud, s.t. abinõu peab olema sobiv, vajalik ning mõõdukas.

Valitud abinõu (maksete peatamine) on sobiv. Samas tuleb siinkohal nentida, et sobivuse nõude lävi on üsna madal ning on harva riive ebaproportsionaalsuse tuvastamise põhjuseks. Autor järeldas, et makse peatamine ei pruugi motiveerida peatöövõtjat makse tasumisele, kuid samas pole võimalik tõsikindlalt väita, et see eesmärgi saavutamisele üldse kaasa ei aita.

Abinõu ei ole vajalik. Autor leidis, et otsemaksete teostamine oleks vähem koormavam ning efektiivsem abinõu – vähemalt ühel asjaosalisel läheb paremini, kuid mitte kellelgi halvemini. Otsemaksete teostamine ei tooks kaasa alltöövõtja ega peatöövõtja positsiooni halvenemist.

Lisaks koormaks selline lahendus vähem hankijaid, mis tooks kaasa positiivse erinevuse riigi kulutustes.

Abinõu ei ole mõõdukas. Abinõu riivab intensiivselt peatöövõtjate ettevõtlusvabadust ning omandipõhiõigust. Regulatsioon on vastu võetud ilma asjakohase analüüsita, mis kaardistaks probleemi ulatust. Seadusandja ei ole toonud kaalukaid põhjuseid, miks alltöövõtjate omandipõhiõiguse täiendav kaitse sellisel viisil on demokraatlikus ühiskonnas vajalik ning õigustab peatöövõtja põhiõiguste intensiivset riivet. Valitud abinõu moonutab ka võrdsuspõhiõigust, seades hankijatega lepingulistes suhetes olevaid peatöövõtjaid halvemasse olukorda, kui erasektoris tegutsevaid peatöövõtjaid. Samas on ebavõrdses olukorras ka alltöövõtjad, kuivõrd erasektoris alltöövõtjana tegutsedes puudub analoogne täiendav kaitse maksete tagamiseks. Autor arvestas mõõdukuse hindamisel ka seda, et hankelepingute ulatuslikumad piirangud on praktikas tavalised – täiendavad piirangud hankelepingute muutmiseks, ülesütlemiseks on hankijale antud täiendavad õigused ning hankelepingud võivad olla ka täiendavatel alustel tühi. Seejuures kaitsevad aga eeltoodud täiendavad piirangud ja õigused selgelt avalikku huvi, kuid maksete peatamine on eelkõige suunatud erahuvi kaitsmisele ning avalik huvi on teisejärguline, mistõttu ei ole sellised täiendavad piirangud õigustatud.

Autor leiab, et magistritöös tehtud järeldused saavad seadusandjale kasulikud olla maksete peatamise regulatsiooni täiendamiseks või ka eemaldamiseks. Juhul, kui seadusandja tahe ei olnud luua hankelepingute eraõiguslike suhete juurde eraldi maksete peatamise näol haldusmenetlust, tuleks seda tahet seaduses selgelt kajastada.

Sätete Euroopa Liidu õigusega ning põhiseadusega kooskõla analüüs nõuab paratamatult teatud ulatuses kaalumist ja hinnangute andmist. Samas juhatavad käesolevas töös tehtud järeldused seadusandjale kätte tõsise mõttekoha, kas kiirustades vastu võetud regulatsioon on tegelikkuses vajalik ja õigustatud ning kas hankijad suudavad seda ka efektiivselt rakendada? Juhul, kui eelmisele küsimusele vastata jaatavalt, tuleb seadusandjal selgelt läbi mõelda kuidas elimineerida vastuolu riigihangete seadusest kõrgemalseisvate aktidega. Eelkõige tuleks võimalike muudatuste tegemisel eesmärgina esikohale seada alltöövõtjate õigeaegse tasustamise kaitse, mitte alltöövõtjate tasustamise kaitse üldises mõttes.

NON-PERFORMANCE OF FINANCIAL OBLIGATIONS TO THE MAIN CONTRACTOR ON THE BASIS OF THE SUBCONTRACTOR'S APPLICATION – LEGAL NATURE IN PUBLIC WORKS CONTRACT

ABSTRACT

The Public Procurement Act (PPA) adopting the 2014 public procurement directives was processed by the Estonian Parliament on two separate occasions. The main reason why the process failed the first time, was the extensive regulation concerning subcontracting added at the last minute. The regulation was not coordinated with the interested parties. However, it did not stop the legislator to successfully push the regulation through on the second time. The new PPA has been in force since 1st of September 2017.

According to PPA § 122 sections 9 and 10, in the case of public works contract and works concession, the contracting authority will not perform to the respective extent a financial claim submitted to it by the tenderer, if a subcontractor submits to it a reasoned application in connection with the groundless non-performance of the financial obligation by the tenderer under the subcontract. The non-performance under reasoned application shall not be considered as a breach by the contracting authority.

The regulation and its impact was not properly analysed and the legislator had no problem admitting it in the process. To compensate the lack of necessary analysis and the unknown impact of the new regulation concerning subcontracting, it will have a later date of entry into force – 1st of January 2019.

The main purpose of the thesis was to identify the legal nature of the non-performance of financial obligations in public works contracts according to Public Procurement Act (PPA) § 122 sections 9 and 10. Further purpose of the thesis was to find out whether the previously mentioned regulation in PPA is in accordance with the goals set out in the public procurement directives and with the Constitution of the Republic of Estonia.

To fulfil the purposes of the thesis, the author set out three hypotheses:

- 1) PPA § 122 sections 9 and 10 will bring a change to the Estonian approach that public contracts are considered as private contracts;
- 2) PPA § 122 sections 9 and 10 are not in accordance with the purposes set out in the public procurement directives;

- 3) PPA § 122 sections 9 and 10 are not in accordance with the Constitution of the Republic of Estonia.

The first hypothesis was confirmed by the author. The Supreme Court of Estonia has stated that if public legislation regulates the development of the private declaration of intent, the process is considered as administrative and it will end with an administrative act. For the act to be administrative act in the meaning of the Administrative Procedure Act, it needs to be issued by an administrative authority upon performance of administrative functions in order to regulate individual cases in public law relationship and it needs to be directed at the creation, alteration or extinguishment of the right and obligations of the persons.

The author analysed if the necessary elements of the administrative act do exist. The most problematic parts of the analysis were the facts whether contracting authorities act as administrative authorities and the identification of the nature of the relationship between the parties.

Administrative authority in Estonia is defined by the administrative functions it fulfils, not by the legal form. However, what is an „administrative function“, is not defined by the Estonian legislation. Court practice and legal literature states that a function is administrative if it has been made obligatory to follow for administrative institutions. The author concluded that contracting authorities are administrative institutions and the obligation to process the applications of the subcontractors is mandatory for contracting authorities, therefore they are administrative authorities.

The Estonian public procurement contracts follow the logic that the procedure of the procurement is made under public law, but the contract is fulfilled under private law, with few exceptions arising from PPA. However, the author found that the legal nature of the relationship under PPA § 122 sections 9 and 10 is closer to a public law relationship between the parties. Contracting authorities have special rights and obligations that private parties cannot have, which makes the relationship unbalanced, giving the contracting authority an obligation to subordinate the contractual partner if the prerequisites are fulfilled. This is not characteristic to private law relationships.

As the other elements of the administrative act also existed, it allowed the author to confirm the legal nature of the whole relationship. Firstly, this conclusion has an important impact on the procedure of defining a reasoned application. Secondly, the nature of the relationship

determines how the parties must solve potential disputes arising from the non-performance of financial obligations.

The administrative procedure obliges the contracting authority to follow the principle of investigation, to hear the opinions and objections of participants and to give explanations about the rights and duties of the participants in the procedure. Therefore, the contracting authority could not deem the application as reasoned or unreasoned before it has given a chance for the parties to explain their positions and provide further evidence if the contracting authority deems it to be necessary.

The public law relationship between the parties makes the administrative court as the competent court to resolve any disputes arising from the procedure. The legislation in force does not allow for the parties to turn to Public Procurement Review Committee to resolve the dispute. Administrative courts now have to solve disputes that have many elements of the private law disputes, as one of the issues that needs to be addressed is the fact whether the contracting authority had a reason to believe that the main contractor has groundlessly not performed its obligation to the subcontractor.

The second hypothesis was confirmed by the author. The public procurement directives allow the Member States to regulate direct payments to subcontractors in public contracts. It is allowed if the subcontractor so applies, but the Member States have the right to go further – regulate direct payments without the necessity to apply for them. The first purpose of the regulation is to make the procurement market more attractive to small and medium enterprises. The second purpose of the regulation is to guarantee that the subcontractors are rightfully paid on time.

The author found that the regulation set out in PPA § 122 sections 9 and 10 does not support previously mentioned purposes. The method chosen by Estonia is not proportional to achieve the goal and to guarantee that subcontractors are paid on time. The regulation obliges the contracting authorities to not perform the obligation to the main contractor, but at the same time it does not allow to make a payment directly to the subcontractor. This regulation opens a way to a situation, where the contracting authority cannot make a payment to either of the parties and is forced to store the money indefinitely. That is not an economical and purposeful usage of the funds.

Furthermore, the regulation does not follow the discretion given to the Member States. The procurement directives allow the Member States to go further with the direct payments but Estonia has decided to follow a different direction.

The third hypothesis was also confirmed by the author. The regulation intensively restricts the fundamental rights given by the Constitution such as the freedom to conduct a business and the right of ownership. The purpose of the regulation is legitimate, but the method chosen is not proportional to the purpose.

Firstly, if the legislator believes that the subcontractors need more protection in public contracts than they have in private contracts, the legislator should provide data and justifications to back that claim. Furthermore, if the protection is achieved by a way of intense restrictions to the main contractors' rights, the reasoning should be even more substantial. In the Estonian case, the legislator did not provide those reasons at all. The legislator should have a clear standing on why the subcontractors' right of ownership is more important and justifies the restrictions directed at the same right of ownership plus the freedom to conduct a business of the main contractor.

Secondly, private law works contract parties should be considered as equal entrepreneurs, even if one of them is a main contractor and the other is a subcontractor. Of course, the main contractors are expected to have more resources, legal and financial power than the subcontractors. However, it does not change the fact that if the parties have contractual disputes, they should be settled in civil courts and not by including contracting authorities as some sort of intermediary bodies to solve the dispute. The regulation is not in accordance with the right to equality, as on the one hand it gives rights to subcontractors in public contracts that the subcontractors don't have in private contracts. On the other hand, it restricts main contractors in public works contracts in a way that main contractors in private contracts are not restricted. Author admits, that public contracts are and should be more restrictive than private contracts, for example, further grounds of ineffectiveness and termination of the public contracts, as well as more restrictions on the modifications of the contracts. It should be taken into account that these restrictions are justified by a major public interest, but the regulation set out in PPA § 122 sections 9 and 10 is directed more at the protection of private interests.

The conclusions made in the thesis should give the legislator a serious reason to reconsider the regulation by either enhancing it or removing it.

KASUTATUD ALLIKAD

KASUTATUD KIRJANDUS

1. Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004.
2. Andresen, E. Riigivastutus. Õppematerjal kohtunikele. Tartu: Riigikohus 2009.
3. Andresen, E. Õigusvastaste tagajärgede kõrvaldamine ja kahju hüvitamine riigivastutusõiguses. Juridica 2006/III, lk 159-171.
4. Arnall, A., Chalmers, D. (koost). The Oxford Handbook of European Union Law. Oxford University Press 2011.
5. Arrowsmith, S. (koost). EU Public Procurement Law: An Introduction. EU Asia Inter-University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation 2010.
6. Arrowsmith, S., Kunzlik, P. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press. 2009.
7. Bovis, C. (koost). Research Handbook on EU Public Procurement Law. Research Handbooks in European Law. Edward Elgar Publishing Limited 2016.
8. Bovis, C. The Law of EU Public Procurement. Second Edition. USA: Oxford University Press 2015.
9. Craig, P., de Burca, G. EU Law: Text, Cases and Materials. Sixth Edition. Oxford University Press 2015.
10. Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend vlj. Tallinn: Juura 2017.
11. Euroopa Komisjon. Teenuste Direktiivi rakendamise käsiraamat. Euroopa Ühenduste Ametlike Väljaannete Talitus 2007.
12. Fels, E. Euroopa Liidu riigihankeõiguse normide rikkumise mõju hankelepingu kehtivusele. Magistritöö. Juhendaja dr.iur. M.A. Simovart. Tartu Ülikool, 2015.
13. Ferk, P. Slovenian PPP. European Public Private Partnership Law Review 2/2011.
14. Georgieva, I. Using Transparency Against Corruption in Public Procurement. A Comparative Analysis of the Transparency Rules and their Failure to Combat Corruption. Springer International Publishing 2017.
15. Ginter, C., Parrest, N., Simovart, M.A. Kontsessiooni vastuoluline regulatsioon Eesti õiguses. Juridica IV/2012, lk 284-294

16. Hallik, L. Tahteavaldus tsiviilõiguses. Magistritöö. Juhendaja: prof P. Varul. Tartu Ülikool, 2005.
17. Harbo, T-I. The Function of Proportionality Analysis in European Law. BRILL 2015.
18. Härginen, K., Simovart, M.A. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? Juridica IX/2013, lk 627-634.
19. Kalamees, P., Käerdi, M., Kärson, S., Sein, K. (koost). Lepinguõigus. Tallinn: Juura 2017.
20. Kanger, L., Leppik, M. Halduskohtu pädevus: Riigikohtu administratiivosakonna ja halduskolleegiumi praktika aastatel 1919-1940 ja 1992-2009. Juridica VIII/2009, lk 508-526.
21. Maurer, H. Haldusõigus: üldosa. 14., ümbertöötatud ja täiendatud trükk. Tallinn: Juura 2004.
22. Merusk, K. Avalike ülesannete eraõiguslikele isikutele üleandmise piirid. Konstitutsiooni- ja haldusõiguse aspekte. Juridica VIII/2000, lk 499-507.
23. Merusk, K., Pilving, I. (koost). Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2013.
24. Narits, R. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura 2004.
25. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse Asutamiselepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja PhD A. Reinumägi. Tartu Ülikool, 2006.
26. Oliviera, R. Modification of Public Contracts: Transposition and Interpretation of the New EU Directives. European Procurement & Public Private Partnership Law Review 1/2015, pp 35-49.
27. Parrest, N. Segadus mõistetes seoses avaliku võimu ülesannetega. Juridica X/2014, lk 732-739
28. Pikamäe, K. Kaalutusõigus ja selle kohtulik kontroll. Magistritöö. Juhendaja M.Ernits. Tartu Ülikool, 2003.
29. Pilving, I. Uurimus kehtiva haldusakti õiguslikust tähendusest rõhuasetusega avalik-õiguslikel lubadel. Doktoritöö. Juhendaja: prof K.Merusk. Tartu Ülikool, 2005.
30. Prechal, S. Directives in EC Law. Second, completely revised edition. Oxford University Press 2005.
31. Rauk, T. Haldusakti, toimingu ja menetlustoimingu eristamise kriteeriumid ja vaidlustamine halduskohtus. Magistritöö. Juhendaja prof K.Merusk. Tartu Ülikool, 2013.
32. Simm, H. Riigivastutuse kujunemine ja ametniku vastutus. Magistritöö. Juhendaja prof I. Koolmeister. Tartu Ülikool, 2004.

33. Simovart, M.A. Arvustus: D.Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014, 592 lk. Juridica X/2014, lk 781-786
34. Simovart, M.A. Enforcement of Ineffectiveness of Unlawfully Modified Public Contracts. Juridica International 24/2016, pp 43-54
35. Simovart, M.A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu riigihankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad PhD C. Ginter ja prof. I. Kull. Tartu Ülikool, 2010.
36. Triipan, M. Proportsionaalsuse põhimõte Euroopa Liidu õiguses. Juridica III/2006, lk 151-158.
37. Triipan, M. Proportsionaalsuse põhimõte põhiõiguste kaitsel. Magistritöö. Juhendaja prof K. Merusk. Tartu Ülikool, 2005.
38. Trybus, M., Andrecka, M. Favours Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU? European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2017/3, pp 224-238.
39. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Saare, K. Tsiviilõiguse üldosa. Tallinn: Juura 2012.
40. Vene, E. Ajaline faktor halduskohtumenetluses tühistamis- ja kohustamiskaebuse lahendamist ning rahuldamist mõjutava tegurina. Doktoritöö. Juhendajad prof.emer. K.Merusk ja dots. I. Pilving. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 2017.

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

Euroopa Liidu õigusaktid

41. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. ELT C 83, 30.3.2010, lk 1-388.
42. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega koostööstatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. Eestikeelne eriväljaanne: ptk 6, kd 007, lk 19-131.
43. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra koostööstamise kohta. Eestikeelne eriväljaanne: Ptk 6, kd 007, lk 132-262.
44. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL, 26. veebruar 2014, kontsessioonilepingute sõlmimise kohta (EMPs kohaldatav tekst). ELT L 94, 28.3.2014, lk 1-64.

45. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (EMPs kohaldatav tekst). ELT L 94, 28.3.2014, lk 65-242.

46. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26. veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektorites tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ (EMPs kohaldatav tekst). ELT L 94, 28.3.2014, lk 243-374.

Eesti Vabariigi õigusaktid

47. Asjaõigusseadus. RT I, 25.01.2017, 5.

48. Eesti Vabariigi põhiseadus. RT I, 15.05.2015, 2.

49. Halduskohtumenetluse seadustik. RT I, 28.11.2017, 3.

50. Haldusmenetluse seadus. RT I 2001, 58, 354. 01.05.2007...31.12.2007.

51. Haldusmenetluse seadus. RT I 2001, 58, 354. 01.08.2002...30.06.2003.

52. Haldusmenetluse seadus. RT I, 25.10.2016, 5.

53. Riigihalduse ministri määrus „Riigihangete vaidlustuskomisjoni põhimäärus“. RT I, 20.07.2017, 1.

54. Riigihangete seadus. RT I, 01.07.2017, 1.

55. Riigihangete seadus. RT I, 2007, 15, 76

56. Riigihangete seadus. RT I, 25.10.2016, 20.

57. Riigivastutuse seadus. RT I, 17.12.2015, 76.

58. Vabariigi Valitsuse määrus „Hea õigusloome ja normitehnika eeskiri“. RT I, 29.12.2011, 228.

59. Võlaõigusseadus. RT I, 31.12.2017, 8.

Muud õigusaktid

60. Zakona o javnem naročanju. („The Public Procurement Act (ZJN-3)“). Arvutivõrgus: http://www.djn.mju.gov.si/resources/files/Predpisi/ZJN-3_ang_prevod.pdf (22.04.2018).

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

Euroopa Kohtu praktika

61. EKo 10.04.1984 C-14/83, *Von Colson ja Kamann vs Land Nordrhein-Westfalen*.

62. EKo 14.12.2016 C-171/15 *Connexion Taxi Services*.

- 63. EKo 10.09.2009 C-206/08 *Eurawasser*.
- 64. EKo 02.06.2016 C-27/15 *Pizzo*.
- 65. EKo 30.11.2006 C-32/05, *Komisjon vs Luksemburg*.
- 66. EKo 11.06.2009 C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*.
- 67. EKo 13.11.1990 C-331/88, *Fedesa jt*.
- 68. EKo 10.11.2011 C-348/10, *Norma-A ja Dekom*.
- 69. EKo 10.07.2014 C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*.
- 70. EKo 18.12.2014 C-470/13, *Generali-Providencia Biztosito*
- 71. EKo 26.04.2012 C-508/10, *Komisjon vs Madalmaad*.
- 72. EKo 18.10.2012 C-583/10, *Nolan*.
- 73. EKo 09.02.2006 liidetud kohtuasjades C-226/04 ja C-228/04, *La Cascina jt*.

Kohtujuristi ettepanekud

- 74. EK liidetud kohtuasjad C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom*, kohtujurist P. Legeri 11.11.2004 ettepanek.

Eesti Vabariigi kohtupraktika

- 75. RKEKm 03.05.2017 nr 3-3-4-1-17.
- 76. RKEKm 16.02.2010 nr 3-3-4-1-10.
- 77. RKEKm 20.12.2001 nr 3-3-1-8-01.
- 78. RKEKo 20.12.2001 nr 3-3-1-15-01.
- 79. RKEKo 28.03.2016 nr 3-2-1-178-15.
- 80. RKHKm 07.03.2003 nr 3-3-1-23-01.
- 81. RKHKm 20.12.1999 nr 3-3-1-48-99.
- 82. RKHKO 02.04.2014 nr 3-3-1-72-13.
- 83. RKHKO 04.03.2015 nr 3-3-1-74-14.
- 84. RKHKO 08.11.2007 nr 3-3-1-53-07.
- 85. RKHKO 12.12.2011 nr 3-3-1-52-11.
- 86. RKHKO 14.12.2011 nr 3-3-1-72-11
- 87. RKHKO 07.10.2013 nr 3-3-1-44-13.
- 88. RKHKO 12.12.2006 nr 3-3-1-65-06.
- 89. RKHKO 14.03.2011 nr 3-3-1-87-10.
- 90. RKHKO 18.06.2008 nr 3-3-1-35-08.

91. RKHKO 24.01.2017 nr 3-3-1-65-16.
92. RKHKO 27.11.2006 nr 3-3-1-59-06.
93. RKHKO 27.11.2014 nr 3-3-1-66-14.
94. RKHKO 29.09.2015 nr 3-3-2-1-15.
95. RKKKO 24.09.2009 nr 3-1-1-67-09.
96. RKPJKo 06.03.2002 nr 3-4-1-1-02.
97. RKPJKo 06.07.2012 nr 3-4-1-3-12.
98. RKPJKo 10.05.2002 nr 3-4-1-3-02.
99. RKPJKo 13.06.2005 nr 3-4-1-5-05.
100. RKPJKo 17.07.2009 nr 3-4-1-6-09.
101. RKPJKo 20.03.2006 nr 3-4-1-33-05.
102. RKPJKo 26.03.2009 nr 3-4-1-16-08.
103. RKPJKo 26.04.2011 nr 3-4-1-2-11.
104. RKPJKo 28.04.2000 nr 3-4-1-6-00.
105. RKTKo 03.06.2016 nr 3-2-1-18-16.
106. RKTKo 07.11.2007 nr 3-2-1-102-07.
107. RKTKo 10.03.2003 nr 3-2-1-17-03.
108. RKTKo 28.10.2008 nr 3-2-1-80-08.
109. RKTKm 07.12.2016 nr 3-2-1-126-12.
110. RKÜKm 18.06.2013 nr 3-2-1-169-12.
111. RKÜKo 07.06.2011 nr 3-4-1-12-10.
112. RKÜKo 09.12.2013 nr 3-4-1-2-13.
113. RKÜKo 17.03.2003 nr 3-1-3-10-02.
114. RKÜKo 17.06.2004 nr 3-2-1-143-03.
115. RKÜKo 21.01.2014 nr 3-4-1-17-13.
116. RKÜKo 22.04.2014 nr 3-3-1-51-13.
117. RKÜKo 26.07.2014 nr 3-4-1-1-14.
118. RKÜKo 30.06.2016 nr 3-3-1-86-15.
119. RKÜKo 30.08.2011 nr 3-3-1-15-10.
120. RKÜKo 31.03.2011 nr 3-3-1-69-09.
121. RKÜKo 31.08.2011 nr 3-3-1-35-10.
122. TalRngKo 22.10.2010 nr 3-04-469

Muud kasutatud allikad

123. Deloitte Legal. Alltöövõtjate regulatsiooni rakendamise kaasnepidamine. 18.12.2017. Arvutivõrgus:

https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/alltoovotjate_regulatsiooni_mojude_kaardistamine_2017.pdf (22.04.2018).

124. Eesti Ehitusettevõtjate Liidu arvamus riigihangete seaduse eelnõu 450 SE kohta. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamus/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (22.04.2018).

125. Eesti Kaubandus-Tööstuskoda. 06.09.2017 Jõustus uus riigihangete seadus. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.koda.ee/et/uudised/joustus-uus-riigihangete-seadus> (22.04.2018).

126. Eesti Kaubandus-Tööstuskoja arvamus riigihangete seaduse eelnõu 450 SE kohta. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamus/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (22.04.2018).

127. Eesti Väike-Keskiste Ettevõtjate Assotsiatsiooni (EVEA) arvamus riigihangete seaduse eelnõu 450 SE kohta. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamus/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (22.04.2018).

128. Eesti Väike- ja Keskiste Ettevõtjate Assotsiatsioon. EVEA kolm sõnumit. Arvutivõrgus: <https://evea.ee/evea-kolm-sammast/> (22.04.2018).

129. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv riigihangete kohta. Brüssel, 20.12.2011. KOM (2011) 896 lõplik. Arvutivõrgus: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0896_/com_com\(2011\)0896_et.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0896_/com_com(2011)0896_et.pdf) (22.04.2018).

130. Euroopa Komisjoni 6. mai 2003 soovitus 2003/361/EÜ, mis käsitleb mikroettevõtete ning väikeste ja keskmiste suurusega ettevõtete määratlust. Teatavaks tehtud numbri K(2003) 1422 all.

131. Euroopa Komisjoni teatis. Euroopa 2020 aastal. Aruka, jätkusuutliku ja kaasava majanduskasvu strateegia. Brüssel, 3.3.2010. KOM 2010/2020 lõplik. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/ALL/?uri=CELEX:52010DC2020> (22.04.2018).

132. Justiitsministeeriumi 29.05.2017 arvamus riigihangete seaduse eelnõu 450 SE kohta. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamus/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (22.04.2018).

133. Riigikogu kantselei õigus- ja analüüsiosakonna arvamus riigihangete seaduse eelnõu 450 SE kohta. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamusd/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (22.04.2018).
134. XIII Riigikogu stenogramm, V istungiärk, 03.05.2017. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201705031400#PKP-20811> (22.04.2018).
135. Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu 450 SE esimese lugemise juurde. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (22.04.2018).
136. Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu 450 SE teise lugemise juurde. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus> (22.04.2018).
137. Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu 816 SE I juurde. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ff0da466-2563-38ef-a7d7-a0a7f3525acb/Riigihangete%20seadus%C2%B9> (22.04.2018).
138. Äripäev. 03.05.2017. Riigihangete seaduse eelnõu kukkus läbi. Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.aripaev.ee/uudised/2017/05/03/riigihangete-seaduse-eelnou-kukkus-1%C3%A4bi> (22.04.2018).

LISA 1 – Autori teabepäring Rahandusministeeriumisse

Päringu sisu:

Tervist!

Olen Tartu Ülikooli õigusteaduskonna tudeng ning olen kirjutamas magistritööd RHS § 122 lg-te 9 ja 10 kohta. Minu küsimus puudutab vastavate lõigete kohustuslikku kohaldamisala. Kuigi eelnimetatud sätted jõustuvad 01.01.2019, on minu arust küsimus asjakohane ka nt RHS § 122 lg 4 kohta, mis on käesoleval hetkel jõus.

RHS 1. peatüki 4. jagu reguleerib menetlusreeglite kohaldamist hankelepingute ja kontsessioonilepingute sõlmimisel. Kuivõrd RHS §-des 15-21 sisalduvad lõiked (edaspidi kohaldamisala paragrahvid) teevad viiteid RHS peatükkidele ja nende jagudele, esitan ka küsimused peatükkide kaupa. Rõhutan, küsimused on § 122 lg-te 9 ja 10 kohustuslikus korras kohaldamise kohta.

1) Olukord, kui kohaldamisala paragrahvid teevad viite 3. peatüki 1. jaole, st lihtmenetlus ja RHS § 125

Mina mõistan, et lihthangete puhul RHS § 122 lg-d 9 ja 10 kohaldamisele ei kuulu. Minu loogika lähtub sellest, et RHS § 125 lg 8 viitab eraldi §-le 120 ja 123, st et § 122 kuuluks kohaldamisele, peaks ka sellele eraldi viide leiduma 3. peatüki 1. jaos.

2) Olukord, kus kohaldamisala paragrahvid teevad viite 4. peatükile, st kontsessioonilepingute paragrahvide

RHS § 141 lg 7 teeb eraldi viite §-de 120, 121 ja 123 kohaldamisele kontsessioonilepingute puhul. Siinkohal tekib aga vastuolu, kuivõrd RHS § 122 lg 9 räägib expressis verbis ehitustööde kontsessioonilepingutest, kuid paragrahv 122 kontsessioonilepinguid käsitlevas osas eraldi märkimist ei leia. Kas tegemist on veaga seaduses? Kui ei, siis kuidas peaks hankija jõudma § 122 kohaldamiseni ehitustööde kontsessioonilepingute puhul? Lisaks, kui tegemist ei ole veaga seaduses, siis kuidas põhjendada §-de 120, 121 ja 123 eraldi väljatoomise vajadust 4. peatükis, samas aga § 122 kohalduks nõ vaikivalt ja automaatselt.

3) Olukord, kus kohaldamisala paragrahvid teevad viite 5. ja/või 6. peatükile.

Mõlemad eelnimetatud peatükid algavad samasisulise paragrahviga (RHS §-d 145 ja 168) Võrgustikusektoris/Kaitse- ja julgeolekuvaldkonna HANKEMENETLUSE KORRALDAMISEL kohaldatakse RHS 2. peatükis sätestatud, kui käesolevas peatükis ei ole sätestatud teisiti. Siinkohal tekib küsimus - kas väljendit "hankemenetluse korraldamisel" tuleb tõlgendada kitsendavalt, s.t see teebki viite vaid 2. peatükis olevatele hankemenetluse reeglitele. Teine variant on tõlgendada väljendit laiendavalt, st "hankemenetluse korraldamine" hõlmaks ka menetluse järgseid paragrahve, nt täitmise osa (RHS §-d 120-124). Kuivõrd ei 5. ega 6. peatükk ei sätesta teisiti §-s 122 käsitletud sisu, on tulemus väga erinev olenevalt sellest, kumba tõlgendust eelistada.

Kui tegelik § 122 lg-te 9 ja 10 kohaldamisala loogika erineb minu poolt eelnevalt esitatust, siis palun esitada ka vastav metoodika.

Oleksin väga tänulik teie võimalikult peatsete vastuste eest kõigile kolmele eelnevalt toodud küsimusele eraldi.

Lugupidamisega
Ergo Pallo

Tere

Kui saame Teie küsimustest õigesti aru, siis vastamisel saab lähtekohaks võtta, et § 122 asub seaduse 2. peatükis. See tähendab, et lihthankemenetluses § 122 lg 9 ja 10 juba seetõttu kohaldamisele ei kuulu.

Võrgustikusektori ja kaitse- ja julgeolekuvaldkonna puhul tuleks lähtuda Teie viidatud laiendavast tõlgendusest, mille tõttu kuuluks nendes valdkondades § 122 lg 9 ja 10 kohaldamisele läbi 2. peatükile tehtud viite. Mõõnan, et Teie osutatud sõnastus võimaldab tõepoolest erinevaid tõlgendusi, mille tõttu võiks seadusandja seda tulevikus täpsustada.

Kontsessioonilepingutele kohalduvad § 122 lg 9 ja 10 seetõttu, et lõikes 9 on ehitustööde kontsessioonilepingule sõnaselgelt viidatud. Õigustehniliselt oleks siiski korrektne, kui 4. peatükis oleks ka viide § 122 kohaldamisele.

Lugupidamisega

(Ametniku nimi kustutatud autori poolt)

<https://riigihanked.riik.ee>

www.rahandusministeerium.ee | [Suur-Ameerika 1,](#)
[10122 Tallinn](#) twitter.com/rahandus | blogi.fin.ee

Selgitus: Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna pädevuses on anda õiguslaseid selgitusi, st selgitada riigihangete seaduse konkreetse paragrahvi, konkreetse lõike või konkreetse punkti sisu ja tähendust. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond ei paku õigusabi teenust, st teenust, kus antakse mingite konkreetsete eluliste asjaolude osas õiguslik hinnang. Juhime tähelepanu, et Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna poolt nõustamistegevuse raames antud õiguslane selgitus ei ole ühelegi isikule täitmiseks kohustuslik. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna pädevusse ei kuulu õigusvaidluste lahendamine, sest õigust mõistab Eesti Vabariigis üksnes kohus.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Ergo Pallo,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

„ALLTÖÖVÕTJA AVALDUSE ALUSEL LEPINGULISE MAKSE PEATAMINE
PEATÖÖVÕTJALE – ÕIGUSLIK OLEMUS EHITUSTÖÖDE HANKELEPINGUS“,

mille juhendaja on Mari Ann Simovart,

1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **23.04.2018**